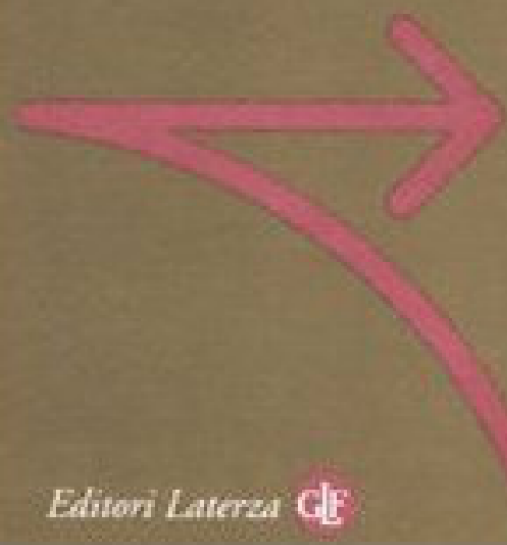


Seguitori

Ronald Dworkin

La giustizia in toga



Editori Laterza



Quanto le convinzioni morali di un giudice dovrebbero essere in relazione alle sue opinioni su cosa è il diritto? I giuristi, i sociologi, i filosofi, i politici e i giudici hanno tutti risposte a questa questione: esse spaziano dal 'niente' al 'tutto'. Ronald Dworkin sostiene che il tema è molto più complesso di come viene spesso considerato e presenta una varietà di ambiti - semantici, giurisprudenziali e dottrinali - nei quali il diritto e la morale sono indubbiamente intrecciati. Pensare il diritto non separato dalla morale, ma parte di essa, «ci incoraggerebbe a vedere le questioni giurisprudenziali come questioni morali su quando, in che misura e per quale ragione autorevole, decisioni collettive dovrebbero avere l'ultima parola nelle nostre vite». Nel confronto con molti dei più influenti giuristi e filosofi contemporanei, da Isaiah Berlin a Cass Sunstein, da Antonin Scalia a Joseph Raz, queste pagine sono un modello di ragionamento lucido, logico e spassionato sul ruolo della giustizia nel diritto di uno dei più autorevoli filosofi e giuristi contemporanei.

Editing e conversione a cura di Natjus

Ronald Dworkin

LA GIUSTIZIA IN TOGA

Editori Laterza, Roma-Bari.

Prima edizione 2010.

Traduzione di Sergio Filippo Magni.

Titolo dell'edizione originale: "*Justice in Robes*",

The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge,
Massachusetts-London, England 2006.

Copyright © 2006, Ronald Dworkin.

INDICE.

Introduzione. Diritto e morale.

- Lo stadio dottrinale.
- Il pluralismo morale.

Capitolo 1. Pragmatismo e diritto.

- Il guazzabuglio della risposta giusta.

Capitolo 2. A lode della teoria.

- La Scuola di Chicago.

Capitolo 3. Il nuovo mastino di Darwin.

- La tesi «debole».
- Appendice. Il pragmatismo e il caso «Bush v. Gore».

Capitolo 4. Pluralismo morale.

Capitolo 5. Originalismo e fedeltà.

- Il problema della fedeltà...
- Anche una fedeltà all'astratta Costituzione...

Capitolo 6. Il «Poscritto» di Hart e il senso della filosofia politica.

- Archimedei.
- Concetti politici.
- Diritto.
- Il valore della legalità.

Capitolo 7. Trent'anni dopo.

- Il positivismo tolemaico.
- Positivismo e provincialismo.
- Appendice. Punti di onore personale.

Capitolo 8. I concetti di diritto.

- I concetti di diritto di tipo dottrinale e tassonomico.

Capitolo 9. Rawls e il diritto.

- I vincoli del ragionamento giuridico.

Note all'Introduzione.

Note al Capitolo 1.

Note al Capitolo 2.

Note al Capitolo 3.

Note al Capitolo 4.

Note al Capitolo 5.

Note al Capitolo 6.

Note al Capitolo 7.

Note al Capitolo 8.

Note al Capitolo 9.

Fonti.

LA GIUSTIZIA IN TOGA

per Irene Brendel

Introduzione.

DIRITTO E MORALE.

Una volta Oliver Wendell Holmes, mentre andava in carrozza alla Corte Suprema di cui era giudice associato, dette un passaggio al giovane Learned Hand. Questi scese alla propria destinazione e, salutando la carrozza che ripartiva, urlò allegramente: «Fa' giustizia, giudice!». Holmes fermò la vettura, fece invertire la marcia al conducente, e tornò indietro verso il sorpreso Hand. «Non è quello il mio lavoro!» disse, sporgendosi dal finestrino. Poi la carrozza girò e ripartì, portando Holmes al suo lavoro: presumibilmente, quello di non fare giustizia.

Che relazione dovrebbe esserci fra le convinzioni morali di un giudice e i suoi giudizi su cosa è il diritto? Tutti, giuristi, sociologi, filosofi del diritto, politici e giudici, hanno risposte a tale questione: esse vanno da «nessuna» a «totale». Anch'io ho le mie risposte, che ho difeso in libri e articoli negli ultimi trent'anni. Nei saggi raccolti adesso in questo volume discuto le teorie di alcuni studiosi che sono in disaccordo con me e tra loro, in modi differenti e a livelli differenti. In questa «Introduzione» presento un breve riepilogo delle mie concezioni e una descrizione dei diversi modi e livelli in cui io potrei avere torto e i miei critici ragione.

Purtroppo la parola «diritto» e quelle analoghe in altre lingue sono usate in maniera così differente, abbiamo così tanti concetti distinti per spiegare queste parole, e le interrelazioni fra questi concetti sono così problematiche e controverse, che teorie differenti sulla connessione tra diritto e giustizia costituiscono spesso risposte a tipi di questione molto diversi. Questo problema semantico ha provocato un bel po' di confusione nella teoria giuridica. I saggi di questa raccolta sono principalmente sul diritto in quello che chiamo il suo

senso "dottrinale". Indagano cioè il concetto del «diritto» di un luogo o entità che stabilisce qualcosa di particolare: usiamo tale concetto dottrinale quando diciamo, ad esempio, che secondo il diritto di Rhode Island non è valido un contratto sottoscritto da chi ha meno di dodici anni, o, in maniera più controversa, che il diritto costituzionale americano permette al Presidente di imporre la tortura a cittadini stranieri sospettati di terrorismo. Tutti noi facciamo affermazioni di questo tipo su ciò che il diritto richiede, proibisce, permette o crea, e condividiamo un gran numero di presupposti sui generi di argomentazione rilevanti nel difendere tali affermazioni, così come sulle conseguenze derivanti dalla verità di tali affermazioni.

Facciamo rientrare in questa cultura condivisa il fatto che ciò che la legislazione di Rhode Island ha decretato e ciò che i giudici di Rhode Island hanno scritto in passato sia rilevante nel decidere se è vero che i contratti sottoscritti da bambini non sono validi per il diritto di Rhode Island, e anche il fatto che se un giudice di Rhode Island deve ordinare a un imputato dodicenne di risarcire i danni per la violazione di un contratto dipenda molto dal fatto se questa proposizione sia vera. Le proposizioni del diritto giocano un ruolo importante in una complessa rete di presupposti e credenze di questo genere e ricevono il loro senso da tale ruolo. Ovviamente è una questione di fondamentale importanza pratica il fatto se fra i test che i giudici e gli altri dovrebbero effettuare per decidere quando tali proposizioni sono vere rientrino anche quelli di tipo morale, che chiedono, ad esempio, se sia una politica giusta e saggia non consentire a bambini disabili di fare contratti, o se la tortura sia moralmente sempre sbagliata. Possiamo inquadrare tale questione in modo un po' più formale. E' importante decidere se i criteri morali rientrano o no fra le condizioni di verità delle proposizioni del diritto - le condizioni che devono valere per rendere vere tali proposizioni - e quando, se lo sono. Questo è particolarmente importante in comunità politiche come le nostre in cui importanti decisioni politiche sono prese da giudici che si ritiene abbiano la responsabilità di decidere soltanto in base a quanto richiesto o autorizzato dalle proposizioni vere del diritto. In tali comunità è molto importante stabilire se e quando il giudice debba

riferirsi alla morale per decidere quali proposizioni sono vere.

Dobbiamo avere grande cura, comunque, a non confondere questo concetto dottrinale di diritto, con altri concetti molto vicini ma tuttavia differenti (1). Abbiamo anche un concetto "sociologico" di diritto: usiamo «diritto» per nominare un particolare tipo di struttura sociale istituzionale. Ad esempio, adoperando questo concetto sociologico potremmo chiederci quando il diritto è apparso per la prima volta nelle società tribali primitive, o se è possibile avere il commercio senza il diritto. Vari scienziati sociali ricorrono a test alquanto diversi per identificare il diritto in questo senso sociologico. Max Weber, ad esempio, ha detto che il diritto non esiste dove non c'è alcuna istituzione specializzata di imposizione coercitiva (2); e Lon Fuller ha detto che non c'è alcun diritto se non vengono rispettati certi requisiti minimi di giustizia procedurale (3).

Stipulare una definizione precisa di quale tipo di struttura sociale valga quale sistema giuridico potrebbe essere utile o anche essenziale per vari scopi: facilitare la scienza sociale predittiva, organizzare un progetto di ricerca, chiarire in qualche modo la storia mostrando magari correlazioni fra vari modelli sociali, mettere in luce l'importanza morale di certe prassi o di certi vincoli. Comunque, non dobbiamo fare l'errore di pensare che esista una distinzione naturale di tipi sociali in grado di differenziare le strutture giuridiche come se avessero in se stesse una qualche natura essenziale che queste distinzioni cercano di cogliere. Come spiego nel Capitolo 6, i nostri concetti di forme differenti di istituzione sociale, come la burocrazia, la meritocrazia, il matrimonio e il diritto, non sono concetti di tipi naturali la cui struttura essenziale è data dalla struttura fisica o biologica o da qualcosa di analogo. Noi - sia esperti sia non esperti - condividiamo un concetto sociologico grezzo di diritto: quasi tutti faremmo certe ipotesi se degli astro-zoologi raccontassero che un gruppo di animali intelligenti non-umani scoperti su un pianeta lontano hanno un tipo di sistema giuridico. Ma penseremmo che è sciocco discutere se loro abbiano "davvero" un sistema giuridico una volta che scopriremo che non hanno alcuna istituzione impositiva specifica, o che la legislazione "ex post facto" è lì la norma piuttosto che una rara eccezione, o che i loro funzionari

non rivendicassero mai un'autorità moralmente legittima. Normalmente pensiamo che non è necessario chiedere una definizione di «sistema giuridico» più precisa di quella data dalla nostra grezza idea operativa. Come ho detto, gli antropologi, i sociologi o i filosofi morali possono trovare utile una definizione più raffinata per ottenere efficienza nella ricerca e nella classificazione, ma c'è una flessibilità sufficiente nella nostra idea grezza da consentire loro di stipulare definizioni più raffinate senza stravolgere l'uso ordinario. Possiamo dire, ad esempio, senza commettere alcun errore di tipo semantico o concettuale, sia che i nazisti avevano un diritto, sia che non lo avevano, nella misura in cui mettiamo in chiaro quale argomento sociologico o morale stiamo sviluppando nel dire quello che diciamo (4).

Non intendo negare che il concetto sociologico abbia delle linee di confine. Qualcuno che dicesse che un lecca-lecca o il gioco di carte "Go Fish" è un esempio di struttura giuridica non commetterebbe un tipo comune di errore; piuttosto, userebbe qualche concetto differente o fraintenderebbe completamente quelli che adoperiamo noi. Il concetto dottrinale di diritto figura entro i confini del concetto sociologico in questo modo: niente è un sistema giuridico in senso sociologico a meno che non sia sensato chiedere quali diritti e doveri riconosca il sistema. Questa è un'importante interconnessione fra i due concetti. Ma questa relazione non è reciproca: non ogni insieme di norme che dispieghi diritti e doveri è un caso di diritto. "Go Fish" è strutturato in quel modo: certamente ha senso chiedere quando questo gioco richieda a un giocatore di prendere una carta dal mazzo. Possiamo negare, per varie ragioni, che i nazisti avessero un sistema giuridico, ma possiamo comunque rispondere alla domanda su quali diritti e doveri riconoscesse il presunto diritto nazista. In questo modo la disponibilità del concetto dottrinale sottodetermina il concetto sociologico.

Il concetto sociologico di diritto, allora, ha uno "status" filosofico molto diverso dal concetto dottrinale. Normalmente incide poco se e come sono definiti gli indistinti confini del primo; invece, come ho detto, incide certamente molto con quale precisione intendiamo il secondo. Dobbiamo anche distinguere il concetto dottrinale da un concetto differente

usato in origine da pochi filosofi del diritto. E' il concetto "tassonomico" di diritto: esso suppone che ogni comunità politica fornita di un diritto nel senso sociologico abbia anche un novero di regole distinte e altri tipi di standard, in quanto standard giuridici opposti a standard morali o di costume o di qualche altro genere (5). I filosofi del diritto usano questo concetto tassonomico quando si chiedono se certi principi morali siano anche principi del diritto. L'idea del diritto come un insieme di standard distinti, che possiamo in linea di principio individuare e contare, mi sembra una finzione scolastica (6). Ad ogni modo, non abbiamo bisogno di questa idea al fine di porre la nostra domanda principale sul se e quando la morale figuri nelle condizioni di verità del diritto. I principi dell'aritmetica figurano pienamente fra le condizioni di verità di alcune proposizioni del diritto (della proposizione, ad esempio, che Cohen ha l'obbligo giuridico di pagare esattamente 11422 dollari a Cosgrove, inclusi gli interessi) ma sarebbe quanto meno strano dire che anche le regole matematiche sono principi giuridici. La questione tassonomica è solitamente una falsa pista: la questione importante è se e come la morale sia rilevante per decidere quali proposizioni del diritto sono vere, non come chiamiamo ogni principio morale che riteniamo rilevante.

Infine, condividiamo quello che possiamo chiamare un concetto "aspirazionale" del diritto, a cui spesso ci riferiamo come all'ideale della legalità o al principio di legalità ["rule of law"]. Per noi questo concetto aspirazionale è un concetto controverso: siamo d'accordo che il principio di legalità sia desiderabile, ma non siamo d'accordo su quale sia la migliore asserzione di questo ideale, almeno con una certa precisione. Alcuni filosofi sostengono che il principio di legalità sia un ideale puramente formale: che la legalità è pienamente assicurata quando ai magistrati si richiede di agire, ed essi agiscono, soltanto nei limiti consentiti da standard prestabiliti. Altri filosofi argomentano a favore di una concezione più sostanziale di questo ideale: pensano che ci sia legalità solo quando gli standard accettati dai magistrati rispettano determinati diritti basilari di cittadini individuali. Il dibattito fra queste due concezioni è il substrato teorico della lunga disputa fra i giuristi costituzionali americani sul fatto se le

clausole del "due process" del Quinto e Quattordicesimo Emendamento alla nostra Costituzione impongano tanto vincoli sostanziali quanto vincoli procedurali. Come per il concetto dottrinale, ma diversamente dai concetti sociologico e tassonomico, è di grande interesse quale versione del concetto aspirazionale consideriamo corretta. Comunque, non abbiamo bisogno di chiedere se una morale politica sia rilevante per decidere quale sia la concezione migliore. Questa è esattamente una questione di morale politica.

- "Un breve elenco delle possibili intersezioni".

Il nostro problema principale riguarda la natura del concetto dottrinale di diritto. Ci chiediamo se considerazioni morali figurino fra le condizioni di verità delle proposizioni del diritto, e se è così, in che modo. Dobbiamo per prima cosa notare in quanti differenti modi possano figurare. Ovviamente dobbiamo rifiutare l'idea semplicistica che nessun diritto ingiusto possa essere valido. Le aliquote dell'imposizione fiscale negli Stati Uniti sono ora manifestamente ingiuste, ma le proposizioni che descrivono queste aliquote sono nondimeno vere. Si può comunque tranquillamente ritenere che il contenuto del diritto dipenda dalla giustizia in modi meno drammatici. Da una parte, alcune nazioni - l'America è una di queste - hanno costituzioni che potrebbero essere propriamente interpretate in modo da porre dei limiti morali al tipo di diritto che può essere validamente creato in ciascuna nazione. Una costituzione può prevedere, ad esempio, che ogni presunta legge emanata dall'assemblea legislativa che neghi «uguale protezione di fronte alle leggi» a ogni gruppo sia incostituzionale e nulla. In questo caso, se lo è anche la legge che prevede che solo gli uomini e non le donne sono soggetti a servizio militare obbligatorio si può ritenere dipendere dal fatto se questa distinzione sia ingiusta.

E' possibile ritenere che il diritto dipenda anche per altri versi da ciò che dovrebbe essere. Gran parte del diritto nelle nazioni avanzate è contenuto in codici, regolamentazioni e altre forme di decretazione scritta, il cui testo può essere

astratto, vago, o ambiguo. Il testo può prevedere, ad esempio, che gli aborti siano giuridicamente permessi soltanto quando siano «necessari a proteggere la salute della madre». In questo caso, può darsi che il fatto che il diritto consenta un aborto per proteggere la stabilità emotiva della donna piuttosto che la sua salute fisica dipenda dalla questione se il diritto debba distinguere riguardo a problemi quali la salute mentale e la salute fisica. Il testo di una regolamentazione può sembrare abbastanza chiaro ma essere suscettibile di un risultato sorprendente qualora sia interpretato letteralmente. C'è un esempio antico molto bello: a Bologna un codice stabiliva che 'versare sangue nelle strade' era reato. Questo codice aveva l'effetto involontario di bandire l'odontoiatria praticata all'aperto, com'era comune all'epoca? E' ipotizzabile che la risposta dipenda da quanto sarebbe stata considerata ingiusta.

Nei sistemi giuridici anglo-americani (e, in effetti, anche nella maggior parte del resto del mondo) la verità o la falsità delle proposizioni del diritto dipende da decisioni prese dai giudici in precedenza, nonché dalle codificazioni. Se la corretta interpretazione delle decisioni precedenti di corti adeguate è che le persone che sono danneggiate dal comportamento negligente degli altri possono citarli in giudizio per danni, allora quel principio è parte del diritto. Ma a volte non è chiaro quale sia la corretta interpretazione di una serie di decisioni giudiziarie: una serie di decisioni può essere coerente col principio che chi è negligente sia giuridicamente responsabile per tutti i danni causati dal suo atto, ma anche coerente col principio più ristretto che sia responsabile solo per quei danni che potrebbe ragionevolmente prevedere. Può darsi che l'interpretazione corretta di queste decisioni dipenda dalla questione se il diritto dovrebbe limitare i danni in tal modo.

Dobbiamo occuparci di questi modi diversi in cui la morale può figurare nel decidere cosa sia il diritto. Ho avuto cura fino ad ora di dire soltanto che la verità delle proposizioni del diritto "si potrebbe" ritenere che dipenda dalla verità delle affermazioni morali in questi modi perché, come si potrà vedere nel corso di questo libro, ognuna di queste apparenti interconnessioni risulta controversa. Un influente gruppo di studiosi e di giudici costituzionali americani nega, ad esempio, che le clausole astratte della Costituzione americana siano

intese al meglio interpretandole in modo da far dipendere la validità delle leggi da questioni morali, o che la morale abbia qualcosa a che vedere con il modo di interpretare codificazioni imprecise. Propongo adesso un elenco di casi solo per ricordarci che dobbiamo essere sensibili ai tanti modi diversi in cui alcuni giuristi ritengono che il diritto dipenda dalla morale.

- "Il caso Sorenson".

Dobbiamo essere sensibili anche ai diversi punti in cui in una teoria generale del diritto può sorgere la questione del ruolo della morale. Illustrerò questi diversi punti descrivendo un caso immaginario e mostrando le diverse fasi di una teoria generale che potrebbe offrire una trattazione completa di quali proposizioni del diritto siano vere in quel particolare caso. Confronterò la mia concezione su come questo caso dovrebbe essere deciso, secondo la teoria generale che ho cercato di costruire, e le concezioni di altri teorici discusse in questo libro. Presento questo caso immaginario in modo dettagliato nel Capitolo 6 del presente libro. Il caso sorge perché la signora Sorenson ha assunto per molti anni dei farmaci, il cui nome generico è "inventum", che sono stati prodotti sotto differenti marchi da produttori diversi. L'"inventum" ha avuto seri effetti collaterali, per non avere scoperto i quali tali produttori sono stati negligenti, e la signora Sorenson ha subito un grave danno al cuore. Ma non è in grado di provare quale azienda farmaceutica abbia prodotto le pillole che ha preso: indubbiamente ha preso pillole fabbricate da una o più delle varie aziende che hanno prodotto l'"inventum", ma altrettanto indubbiamente non ha preso pillole prodotte da una di esse in particolare. Semplicemente non è in grado di ricordare, né adesso di scoprire, quale sia fra di esse.

I legali della signora Sorenson hanno citato in giudizio tutte le aziende farmaceutiche che hanno prodotto l'"inventum" durante il periodo di assunzione del farmaco; hanno sostenuto che, nell'impossibilità di stabilire con esattezza quante delle pillole che aveva preso erano state fabbricate da ciascun

produttore, concesso che qualcuna lo fosse, il diritto doveva essere interpretato in modo da rendere responsabili verso la loro cliente tutti i produttori, per una quota di risarcimenti proporzionale alle quote di vendita sul mercato dell'"inventum" durante gli anni considerati. I legali delle aziende farmaceutiche, d'altra parte, hanno replicato che il diritto non ritiene responsabile nessuna delle aziende di alcun risarcimento a meno che la signora Sorenson non potesse provare che proprio quell'azienda era responsabile dei danni subiti. Hanno sostenuto perciò che ella non ha titolo ad alcun risarcimento. Entrambe le parti fanno affermazioni su ciò che il diritto è e non su come dovrebbe essere. Nessuno propone che i giudici che si occupano del caso ignorino il diritto e deliberino in loro favore sulla base del fatto che questo sarebbe ciò che la giustizia richiede. Qualora si sia inclini ad avere un'opinione su quale parte abbia sostenuto le tesi giuste (ammesso che una certa parte le abbia sostenute), dobbiamo decidere noi stessi cosa sia effettivamente il diritto nel caso della signora Sorenson.

Che tipo di questione è questa? Possiamo dire che è una questione giuridica, a cui si deve rispondere consultando i testi di diritto. Ma come sappiamo quali conclusioni trarre da ciò che troviamo in quei libri? Supponiamo di trovare numerose decisioni giudiziarie nelle quali i giudici hanno decretato che nessuno è responsabile per danni che non ha causato e nessuna decisione nella quale il giudice abbia risarcito i danni di qualcuno sulla base delle quote di mercato piuttosto che della causazione diretta. I legali delle aziende farmaceutiche sosterrrebbero che da questi fatti storici segue che la loro interpretazione del diritto è corretta: il diritto non considera responsabile nessuno che non si dimostri aver causato direttamente il danno. Ma i legali della signora Sorenson non sarebbero d'accordo: direbbero che siccome la sua situazione è differente da quella di ogni altro querelante in ognuna delle azioni legali passate, non possiamo semplicemente presupporre che i principi generali riguardo la responsabilità e la causazione citati in precedenza dai giudici rappresentino un'asserzione del diritto pienamente corretta. Essi sosterrrebbero che il diritto è enunciato meglio in un principio più generale che richiede di mostrare la causazione nella

maggior parte dei casi in cui una parte cita in giudizio un'altra parte per risarcimento dei danni di una lesione, ma non in tutti i casi, e non, in particolare, nel caso della signora Sorenson. E' vero, dicono, che i giudici non hanno ancora proclamato o nemmeno identificato quel principio più profondo, ma questo difficilmente prova che non esista. Come decideremo quale di questi due metodi molto differenti di stabilire cosa dice il diritto sia quello corretto? I giuristi nel corso della loro carriera fanno propri modi di ragionare sul diritto che danno per scontati. Ma supponiamo di volere essere più consapevoli e offrire una risposta più profonda e più generale di quella che la maggior parte dei giuristi ha tempo o propensione di elaborare. Allora dobbiamo sviluppare ciò che chiamo una teoria generale del diritto: una trattazione generale del concetto dottrinale di diritto che aiuterebbe a rispondere alla nostra questione.

- "Lo stadio semantico".

Non è immediatamente chiaro, comunque, come dovrebbe essere questa teoria generale e come dovremmo procedere per costruirla. Ciò dipende da quale si ritiene essere la funzione del concetto dottrinale per coloro ai quali indirizziamo la teoria: i concetti possono essere adibiti a usi molto differenti, e la nostra teoria di ognuno dei concetti del diritto deve essere sensibile al ruolo che si suppone svolga. La domanda chiave è questa: quali presupposti e prassi devono essere condivisi dalle persone per rendere sensato dire che condividono lo stesso concetto dottrinale, così da poter essere chiaramente d'accordo e in disaccordo sulla sua applicazione? Le seguenti distinzioni saranno utili per rispondere a tale questione.

"Concetti criteriali". Le persone condividono alcuni concetti soltanto quando sono d'accordo su una definizione - approssimativa o precisa - che fissa i criteri per l'applicazione corretta del termine o dell'espressione ad essi associati. Le persone condividono il concetto di celibato, ad esempio, soltanto quando sanno che un celibe è un maschio non sposato, e condividono il concetto di triangolo equilatero soltanto

quando sanno che questo triangolo ha lati di lunghezza uguale. Equilateralità è un concetto preciso. Celibato è ragionevolmente preciso, pur con qualche imprecisione: un maschio diciottenne mai maritato è celibe? Altri concetti criteriali sono molto meno precisi. Il concetto di matrimonio è un concetto criteriole moderatamente impreciso: chiamiamo matrimoni forme molto diverse di unione giuridica e sociale che si trovano in società differenti. Anche i concetti sociologico e tassonomico di diritto sono concetti moderatamente imprecisi. Sviluppare una teoria di questi tipi di concetto significa proporre una definizione più precisa per un certo scopo particolare. Ma sarebbe un errore affermare che ogni definizione più precisa colga meglio l'essenza del concetto rispetto ad altre. E' un errore dire, ad esempio, come molti adesso fanno, che l'essenza del matrimonio è un'unione fra un uomo e una donna così che «matrimonio gay» è un ossimoro.

"Concetti di genere naturale". Le persone condividono alcuni concetti le cui esemplificazioni concrete hanno una struttura fisica o biologica (ad esempio metalli e animali) sebbene non siano d'accordo sulla natura essenziale degli esempi o sui criteri che usano per identificare questi esempi. Alcuni esperti sanno molte cose sul D.N.A. della tigre; molte altre persone sanno che le tigri hanno un D.N.A. e che la struttura di questo D.N.A. rende le tigri quello che sono; un numero ancora maggiore di persone non ha mai sentito parlare del D.N.A. ma nondimeno suppone che tutte le tigri abbiano la stessa struttura biologica che in linea di principio gli scienziati possono identificare, qualsiasi essa possa essere; e un numero ancora più grande di persone non ha assolutamente alcuna idea della struttura biologica ma sa che una tigre è un tipo particolare di animale: una grande bestia a strisce, pericolosa, che si trova sia negli zoo sia nella giungla. Nondimeno hanno tutti lo stesso concetto di tigre: un membro di una società primitiva il quale crede che le tigri siano manifestazioni di spiriti maligni e uno zoologo evoluzionista il quale indaga la loro storia genetica possono essere d'accordo su quante tigri ci sono in una stanza, ma il loro disaccordo su come le tigri vengono al mondo è genuino, non spurio. I concetti di genere naturale permettono un tipo di analisi che i concetti che sono soltanto criteriali non consentono: la scienza può pretendere di

avere scoperto la vera essenza dei primi, nella forma della loro organizzazione biologica o molecolare, ma ciò non avrebbe alcun senso per i secondi. Ma ovviamente da questo non segue che una teoria filosofica di un qualche genere naturale debba prendere questa direzione scientifica. Chiunque nel provare a spiegare la poesia di Blake sulla tigre ignorerebbe il D.N.A. di quest'ultima per concentrarsi interamente sulle proprietà più superficiali dell'animale.

"Concetti interpretativi". Alcuni dei nostri concetti svolgono una funzione ancora diversa: quella di concetti interpretativi che ci incoraggiano a riflettere su e a contestare quello che richiede una certa prassi che abbiamo elaborato. Le persone nel mondo del pugilato condividono il concetto di vincere un round sebbene spesso siano in disaccordo su chi ha vinto un particolare round e su quali criteri concreti dovrebbero essere usati nel decidere tale questione. Ognuno di loro comprende che le risposte a tali questioni dipendono dalla migliore interpretazione delle regole, delle convenzioni, delle aspettative, e di altri fenomeni del pugilato e dalla migliore interpretazione di come tutte queste cose conducono meglio a prendere tale decisione in una particolare occasione. Come spiego nel Capitolo 6 di questo libro i concetti centrali della morale, politica e personale (i concetti di giustizia, libertà, uguaglianza, democrazia, giusto, sbagliato, crudeltà e insensibilità) svolgono per noi la funzione di concetti interpretativi (7). Le persone condividono il concetto di giustizia nonostante disaccordi evidenti sia sui criteri per identificare l'ingiustizia sia su quali istituzioni sono ingiuste.

Una prassi linguistica convergente determina l'applicazione corretta sia dei concetti criteriali sia dei concetti di genere naturale, sebbene ciò avvenga in modo differente per tali due tipi di concetti. Le persone che condividono un concetto criteriole possono certamente essere in disaccordo e sbagliarsi sul fatto se i criteri per la sua applicazione valgano in qualche caso particolare: se un uomo sia mai stato sposato, ad esempio, e dunque se sia celibe o vedovo. Le persone che condividono un concetto di genere naturale si possono sbagliare in un modo più fondamentale: alcuni o tutti si possono sbagliare sulla natura essenziale delle proprietà del concetto, ad esempio le persone che non sapevano che i suoni sono onde si sono

sbagliate per secoli (8). Essi possono inoltre sbagliarsi sugli esempi: se un minerale rilucente in un ruscello sia oro o pirite o se la balena sia un pesce. Ma identificare errori di questo tipo presuppone una prassi convergente sottostante che lega il concetto a un particolare genere naturale. Se le persone comuni prendessero generalmente come oro sia l'oro della chimica sia la pirite metallica, pur sapendo che un gioielliere li distinguerebbe come materiali differenti e scarterebbe la seconda, noi presumibilmente diremmo non che la gente comune si è sbagliata ma che i chimici hanno sviluppato un termine tecnico ad arte per il tipo d'oro dotato di valore. Se ci fossero due fluidi potabili sul pianeta che si comportassero in tutto esattamente come l'acqua, e la gente usasse esattamente la parola «acqua» per riferirsi indiscriminatamente a entrambi sebbene gli scienziati sapessero che le due sostanze hanno differenti composizioni molecolari, noi dovremmo studiare la prassi linguistica con maggiore cura per vedere se «acqua» nell'uso popolare si riferisca all'acqua e sia applicata erroneamente all'altra sostanza o se si riferisca insieme all'acqua e all'altra sostanza, così da non commettere alcun errore.

Anche i concetti interpretativi richiedono che le persone condividano una prassi: devono convergere nel trattare effettivamente il concetto come interpretativo. Ma questo non significa convergere nell'applicazione del concetto. Le persone possono condividere tale concetto anche quando sono in grave disaccordo sulle sue esemplificazioni. Così un'utile teoria di un concetto interpretativo -una teoria della giustizia o del vincere un round - non può semplicemente riportare i criteri che le persone usano per identificare gli esempi concreti o semplicemente trovare la struttura profonda di quelle cose che le persone sono largamente d'accordo nel considerare degli esempi concreti. Un'utile teoria di un concetto interpretativo deve essere essa stessa un'interpretazione della prassi in cui il concetto figura, interpretazione che è molto probabile sia controversa.

Secondo la mia prospettiva, il concetto dottrinale di diritto funziona come un concetto interpretativo, almeno in comunità politiche complesse. Condividiamo questo concetto come attori di complesse prassi politiche che ci chiedono di essere

interpretate al fine di decidere come condurle meglio, e usiamo il concetto dottrinale di diritto per fissare le nostre conclusioni. Elaboriamo il concetto assegnando un valore e uno scopo alla prassi, e ci formiamo concezioni sulle condizioni di verità di particolari affermazioni che le persone fanno all'interno della prassi alla luce degli scopi e dei valori che assegniamo (9). Questa è la concezione che ho difeso nell'"Impero del diritto" (10) e in questo libro, particolarmente nei Capitoli 6 e 8. Difficilmente rappresenta un'obiezione decisiva il fatto che molta poca gente identificherebbe così la propria prassi: siamo impegnati in una spiegazione filosofica, non in un'introspezione sostitutiva di carattere semantico. La mia ipotesi spiega il tipo di accordo e di disaccordo intorno al diritto che troviamo effettivamente e le ipotesi alternative - che il concetto dottrinale sia cioè un concetto criterioale o di genere naturale - non lo fanno. Ad ogni modo, altri filosofi del diritto trattano il concetto nell'uno o nell'altro di questi modi. Così dobbiamo considerare, come parte di ogni teoria di questo tipo, un'iniziale fase semantica in cui questa scelta venga fatta, oppure (molto più comunemente) venga soltanto presupposta.

- "Lo stadio giurisprudenziale".

Allo stadio successivo della teoria giuridica, che potremmo chiamare lo stadio giurisprudenziale, il teorico deve costruire il tipo di teoria del diritto appropriato in base alla risposta che ha fornito, allo stadio semantico, alla domanda su che tipo di concetto sia quello dottrinale. Poiché credo che il concetto dottrinale sia un concetto interpretativo, allo stadio giurisprudenziale tento di interpretare le prassi in cui tale concetto figura in modo generale: presento una descrizione generale del mix di valori che giustifica meglio la prassi e che perciò dovrebbe guidarci a portarla avanti quando allo stadio successivo impostiamo condizioni di verità per distinte proposizioni del diritto. Sostengo, nel Capitolo 6, che dobbiamo trovare questi valori attraverso lo studio del concetto aspirazionale del diritto al fine di determinare quali valori forniscano la migliore interpretazione di questo

concetto - ossia quali altri valori spieghino meglio il principio di legalità come ideale politico. A questo stadio, le riflessioni sui concetti dottrinali e aspirazionali procedono congiuntamente. Così a questo stadio nel progetto figura inevitabilmente la morale, perché ogni teoria su come intendere nel modo migliore un valore esplicitamente politico come il valore aspirazionale del diritto deve essere un esercizio di morale politica.

Credo che ogni trattazione adeguata del concetto aspirazionale (dei valori della legalità e del principio di legalità) debba dare ampio spazio all'ideale dell'integrità politica, cioè, al principio che uno Stato dovrebbe tentare quanto più è possibile di governare attraverso un insieme coerente di principi politici, i cui benefici estenda a tutti i cittadini. Penso che riconoscere e lottare per questa dimensione di uguaglianza sia essenziale alla legittimazione del potere coercitivo dello Stato. Ma altri teorici i quali allo stadio semantico sono d'accordo con me che il concetto dottrinale del diritto è un concetto interpretativo e che sono d'accordo anche sul fatto che dobbiamo trovare il valore generale della prassi giuridica nel concetto aspirazionale della legalità potrebbero nondimeno difendere descrizioni dei valori compresi nel concetto aspirazionale molto diverse dalla mia. Potrebbero pensare, ad esempio, che il valore politico e sociale dell'ordine giuridico risieda nella capacità di facilitare i progetti dei cittadini e di coordinare le loro attività nell'interesse dell'efficienza individuale e collettiva.

- "Lo stadio dottrinale".

Una volta sviluppata una teoria del valore del diritto allo stadio giurisprudenziale, passiamo a un terzo stadio, quello dottrinale, nel quale elaboriamo un resoconto delle condizioni di verità delle proposizioni del diritto alla luce dei valori identificati allo stadio giurisprudenziale. Se nel caso della signora Sorenson i legali delle aziende farmaceutiche assumono la prospettiva che ho appena descritto (che il valore generale delle prassi giuridiche risiede nel facilitare l'efficienza

personale e collettiva) potrebbero sostenere allora che questo valore è garantito meglio da una teoria dottrinale la quale fa dipendere la verità di particolari proposizioni del diritto esclusivamente da ciò che i funzionari giuridici designati hanno dichiarato nel passato, perché tale prassi ci aiuterebbe a rendere non controverso il contenuto delle regole giuridiche e così promuoverebbe un'efficiente coordinazione. In questo modo potrebbero sostenere la loro tesi dottrinale che la morale non sia rilevante per giudicare la verità della pretesa della signora Sorenson, anche qualora avessero riconosciuto la rilevanza della morale allo stadio giurisprudenziale. Dato che le mie opinioni allo stadio giurisprudenziale sottolineano l'integrità, non l'efficienza, sostengo una teoria molto differente a livello dottrinale.

Nella mia concezione, il modo migliore per rafforzare l'interpretazione della prassi giuridica fondata sull'integrità è adottando allo stadio dottrinale condizioni di verità che rendono la questione di cosa è il diritto in ogni circostanza essa stessa una questione interpretativa. Una proposizione del diritto è vera, suggerisco, se deriva dai principi della morale, personale e politica, che forniscono la migliore interpretazione delle altre proposizioni del diritto generalmente considerate vere nella prassi giuridica contemporanea. Secondo questa concezione, la questione se il diritto dia titolo alla signora Sorenson a chiedere risarcimenti proporzionati alle quote di mercato da parte di tutte le aziende farmaceutiche deve essere risolta chiedendosi se la giustificazione migliore del "negligence law" nel suo insieme contenga un principio morale che richiederebbe quest'esito nelle circostanze in cui si è trovata la signora Sorenson. Nel suo caso, questa formula non decide comunque automaticamente il problema in un modo o in un altro. Può essere che la migliore giustificazione del "negligence law" includa un principio morale nella misura in cui è ingiusto ritenere qualcuno responsabile di danni in relazione a un sinistro che non ha causato. Se è così, allora probabilmente il diritto favorisce le aziende farmaceutiche. Ma potrebbe essere che la giustificazione migliore debba rigettare questo principio generale in favore di un insieme diverso di principi che includa l'idea che chi trae profitto da un'impresa rischiosa dovrebbe condividere il rischio. In questo caso il

diritto favorirebbe probabilmente la signora Sorenson. Sono cauto riguardo entrambe queste conclusioni perché, come vedremo, ogni interpretazione generale di una raccolta sostanziale di leggi deve essere più complessa dell'argomento indicato fin qui. Voglio solo suggerire il tipo di ragionamento che la mia prospettiva richiederebbe allo stadio dottrinale e anche sottolineare che le questioni che questa prospettiva pone sono esplicitamente questioni morali. Se ho ragione, la morale è implicata nell'identificazione del diritto non solo allo stadio giurisprudenziale della teoria giuridica ma anche allo stadio dottrinale.

Un'interpretazione di un corpo di dottrina giuridica come il "negligence law" è migliore di un'altra - mostra la prassi giuridica come soddisfacente meglio l'ideale del diritto proposto o presupposto allo stadio di analisi giurisprudenziale - se fornisce una migliore giustificazione morale di questo insieme di dottrina. Possiamo perciò distinguere due dimensioni in relazione alle quali commisurare il successo di una giustificazione proposta. In primo luogo, una giustificazione deve almeno approssimativamente adattarsi a ciò che pretende di giustificare: non sarebbe una giustificazione adatta della prassi giuridica contemporanea dire che essa serve il valore di far osservare una volontà divina per come è rivelata in qualche specifico documento biblico. Anche se questo fosse un fine legittimo e importante per la prassi, non possiamo sostenere che è il fine della nostra prassi giuridica, perché questa affermazione non inizierebbe nemmeno ad adattarsi a ciò che i giuristi e i giudici fanno effettivamente. In secondo luogo, la giustificazione di una prassi deve fare di più che adattarsi approssimativamente a questa prassi; deve anche descrivere qualche valore di una certa importanza servito dalla prassi. Non fornirebbe una giustificazione alle istituzioni e alle prassi del diritto dire che queste prassi forniscono un tenore di vita molto alto per molti giuristi. Questa conseguenza, sebbene certamente vera, non è abbastanza importante o degna di valore da giustificare una prassi politica di tale enorme importanza.

La distinzione fra queste due dimensioni dell'interpretazione non intende cogliere l'effettivo modo di pensare degli interpreti. Ogni giurista ha costruito, attraverso

l'istruzione, la formazione e l'esperienza, il proprio senso di quando un'interpretazione si adatta abbastanza bene da valere come interpretazione anziché come invenzione, e userà questo senso in modo inconsapevole. Intendo la distinzione non come un resoconto fenomenologico ma come uno strumento analitico per aiutare a comprendere la logica dell'interpretazione e i modi differenti in cui un'interpretazione può essere contestata. Ad ogni modo è importante non fraintendere la distinzione supponendo, come hanno fatto alcuni commentatori, che il test dell'adattamento sia soltanto un test meccanico di coerenza. Al contrario, le due dimensioni dell'adattamento e del valore rappresentano differenti aspetti di un singolo giudizio complessivo di morale politica, e il modo in cui applichiamo i due test e li facciamo partecipare insieme a una valutazione finale del successo interpretativo allo stadio dottrinale rifletterà il nostro giudizio al precedente stadio giurisprudenziale (11). Se crediamo che la giustificazione politica generale del diritto includa dei requisiti di integrità, e se questa è la nostra ragione per scegliere un particolare test interpretativo per le proposizioni del diritto, allora dobbiamo elaborare la dimensione dell'adattamento per riflettere il nostro senso maggiormente raffinato di cosa sia l'integrità e di dove risieda il suo valore. Dovremo ribadire, ad esempio, che i principi che proponiamo per giustificare il "negligence law" nella condizione della signora Sorenson non si adattano non solo alle decisioni effettive a cui sono pervenuti i tribunali del suo Stato in passato, ma anche alle opinioni redatte dai giudici che decisero quei casi per sostenere le loro decisioni? Dobbiamo rispondere a questa e a domande analoghe cercando di essere più chiari sul perché è importante che una comunità politica estenda ad ognuno lo stesso "regime of principle". Nella mia concezione, la spiegazione appropriata di questa esigenza si concentra su come una comunità effettivamente usa il proprio potere per intervenire nelle vite dei cittadini, non sulle ragioni che differenti funzionari hanno dato in passato per un tale intervento. Un'interpretazione giuridica generale è complessa anche in un altro modo. E' alla ricerca dei principi che giustificerebbero le pretese sostanziali su diritti giuridici, doveri e il resto che una prassi giuridica particolare riconosce e fa osservare, ma deve anche giustificare

il gran numero di prassi costituzionali e procedurali con cui sono compenetrata queste pretese sostanziali. Così ogni giustificazione complessiva della prassi giuridica deve dare uno spazio preminente ai principi di morale politica che assegnano i poteri di creare diritto a particolari istituzioni e ad altri principi che limitino questi poteri in modi formali e informali. Supponete che la legislazione dello Stato di cui fa parte la signora Sorenson avesse adottato una legge che prevedesse esplicitamente che nessuno può ottenere il risarcimento per un danno causato da un farmaco pericoloso, eccetto che da persone o istituzioni che si riesce a dimostrare aver causato quel danno. Ogni interpretazione competente del diritto di quello Stato terminerebbe nel giudizio dottrinale che la signora Sorenson non ha alcun diritto al risarcimento dei danni. Sarebbe sbagliato pensare che la morale allora non svolga alcun ruolo nel giudizio. Essa svolge un ruolo importante nell'interpretazione del ruolo costituzionale dell'istituzione legislativa. Le ragioni che abbiamo per supporre che una istituzione costituita come quella abbia il potere di creare diritto sono ragioni di morale politica, e se i giuristi sono in disaccordo sul carattere preciso di quelle ragioni morali saranno inevitabilmente in disaccordo almeno in alcune occasioni su quale diritto l'istituzione legislativa abbia di fatto creato.

Il ruolo della morale è particolarmente evidente in nazioni come gli Stati Uniti (e, in misura crescente, nelle altre democrazie sviluppate) dove il potere legislativo è previsto in costituzioni che pongono anche limiti a questo potere. Si supponga che la costituzione in vigore nel caso della signora Sorenson contenesse la clausola che ho menzionato prima sull'«uguale protezione» di fronte alle leggi. Allora potrebbe essere un'importante questione istituzionale se una legge diretta solamente contro chi usa farmaci pericolosi sia un caso di discriminazione ingiusta. Questa è sicuramente una questione morale. Anche quando sembra ovvio che un atto legislativo non leda alcuno standard morale costituzionale - ad esempio che le leggi sul traffico non neghino a nessuno il "due process" - la morale svolge un ruolo negativo in quel giudizio, come il cane di Sherlock Holmes che non abbaiava. Può essere ovvio che le leggi sul traffico non sono discutibili da un punto

di vista morale; ma anche questo è un giudizio morale.

Anche quando la questione è di interpretazione legislativa, e non di potere legislativo, i principi politici che sono adottati per giustificare la legislazione rimangono influenti perché giustificano strategie interpretative. Supponete che una istituzione legislativa abbia adottato la legge che ho descritto prima, che permette l'aborto quando è minacciata la salute della madre. Come decidere se la legge permette l'aborto per proteggere la salute mentale? Potremmo, come ho detto, chiedere se sarebbe moralmente arbitrario tracciare una distinzione fra salute mentale e fisica. O potremmo chiedere se coloro che hanno ideato la legge si proponessero questa distinzione: potremmo trovare, ad esempio, che i legislatori pensavano chiaramente di voler proteggere solamente la salute fisica. Sarà decisivo quali di questi due modi di interpretare la legge - o quali di molti altri modi disponibili - sceglieremo. Ma dobbiamo difendere la nostra scelta come la migliore giustificazione della complessa prassi della legislazione, e questo ci richiederà di difenderla in una particolare concezione della morale democratica o di qualche altra morale politica: una particolare concezione del senso e del valore del governo maggioritario rappresentativo.

Così un interprete chiamato a decidere il caso della signora Sorenson deve trovare principi non solo per giustificare il diritto sostanziale non controverso del proprio Stato (che persone i cui danni sono dimostrati esser stati prodotti da un particolare produttore di farmaci negligente hanno diritto al risarcimento da parte del produttore), ma anche per giustificare gli accordi stabiliti fra potere e autorità in quello Stato e in tutta la nazione, e questi ultimi principi possono limitare la forza del primo nel decidere quali concreti diritti giuridici abbia la signora Sorenson. Ho detto prima che i legali delle aziende farmaceutiche potrebbero rifiutare l'integrità quale valore giuridico rilevante allo stadio giurisprudenziale in favore di una concezione della legalità maggiormente basata sull'efficienza, e perciò adottare, allo stadio dottrinale, test per le proposizioni del diritto che escludano la morale politica a questo stadio. Ma essi potrebbero anche servire i loro clienti accettando l'integrità allo stadio giurisprudenziale e anche qualcosa di simile alla mia concezione dell'analisi

interpretativa al livello dottrinale: potrebbero sostenere che la migliore interpretazione di tutto l'arco della prassi giuridica pertinente, incluse le sue dimensioni costituzionali e procedurali, assegna un peso considerevole al principio che il diritto dovrebbe rispettare le aspettative consolidate che la prassi giuridica trascorsa ha incoraggiato, come le aspettative consolidate delle aziende farmaceutiche e dei loro assicuratori (riflesse nei vari stanziamenti di bilancio) che i produttori siano responsabili solo per danni che si possano dimostrare di aver causato. I legali della signora Sorenson si opporrebbero a dare a questo principio un peso così grande: ribadirebbero che offre una migliore spiegazione della prassi contemporanea supporre che le aspettative commerciali dovrebbero prevedere, e non ostacolare, miglioramenti nella giustizia sostanziale. Se la discussione fra i due gruppi di legali si svolge al livello dottrinale in questo modo, non possiamo dire che un lato si richiama più dell'altro alla morale politica come fonte del diritto. Dobbiamo piuttosto dire che dato che le loro affermazioni morali sono differenti, sono differenti anche i loro giudizi giuridici.

- "Lo stadio sentenziale".

La maggior parte della gente crede che certi tipi di decisioni politiche - in particolare quelle prese dai giudici dispiegando il monopolio statale del potere coercitivo - dovrebbero essere prese solo come richiesto o permesso dalle proposizioni vere del diritto. Per la maggior parte delle persone questo è un vincolo quasi assoluto. Ma non è per niente assoluto: esse accettano che in casi molto rari i giudici possano avere un obbligo morale di ignorare il diritto quando è molto ingiusto o forse quando è molto insensato, e di usare il loro potere politico per prevenire un'ingiustizia o una grande inefficienza. Dobbiamo perciò riconoscere un quarto stadio dell'analisi giuridica: il livello sentenziale ["adjudicative"], nel quale sorge la questione di cosa i funzionari politici che hanno generalmente il compito di far rispettare il diritto dovrebbero effettivamente fare in casi particolari. Sicuramente questo è un

problema politico e dunque morale. Non è un problema su come la morale compaia nell'identificare il diritto ma un problema su quando la morale richieda, se lo fa, che i giudici agiscano indipendentemente o anche in contrasto col diritto. La maggior parte delle persone pensa che il problema sentenziale sia quasi sempre risolto dal problema dottrinale: che in una democrazia ragionevolmente decente solo nei casi più rari si dovrebbe richiedere ai giudici di fare qualcosa di più che identificare e applicare le proposizioni vere del diritto. Ma questa concezione apparentemente molto ragionevole dipende di fatto da presupposti - consci o inconsci - che appartengono a ciò che ho descritto come stadi precedenti della teoria giuridica. Ho suggerito, nel discutere lo stadio semantico, che il concetto dottrinale di diritto sia un concetto interpretativo. Esso funziona per noi come compenetrato in una prassi secondo la quale le proposizioni del diritto hanno implicazioni per l'esercizio del potere. E' un concetto interpretativo piuttosto che di un qualche altro tipo perché la nostra percezione della sua corretta applicazione è sensibile ai nostri giudizi su come tale potere dovrebbe essere esercitato. Se accettiamo questa presentazione del concetto allo stadio semantico, allora non possiamo contraddirlo sensatamente al livello sentenziale. Possiamo ammettere che in qualche occasione eccezionale i giudici dovrebbero non riconoscere o ignorare il diritto in ciò che fanno, ma dobbiamo supporre un'aspettativa permanente che non lo faranno, che decideranno in accordo con ciò che loro ritengono che le proposizioni vere del diritto comportino o richiedano. A nostro avviso una teoria della dottrina è una parte indispensabile, e quasi esaustiva, di una teoria della sentenza ["adjudication"] non solo perché crediamo in un obbligo morale di obbedire al diritto ma perché, data la nostra percezione di come funziona il concetto dottrinale del diritto, dobbiamo supporre ciò al fine di costruire anche una teoria della dottrina giuridica.

Tuttavia se prendessimo una decisione differente allo stadio semantico, potremmo avere una storia differente da raccontare quando passiamo allo stadio sentenziale. Si supponga che avessimo deciso, tornando a quello stadio precedente, che il concetto dottrinale di diritto è più simile al concetto di celibato o di acqua di quanto sia simile al concetto

interpretativo che ho descritto. Se pensiamo che il concetto dottrinale sia come quello di celibato, potremmo allora aver deciso che spieghiamo questo concetto semplicemente con l'identificare i test che tutti i giuristi usano nel decidere cosa è diritto riguardo a qualche materia; oppure se pensiamo che quel concetto è come il concetto di acqua, con il mettere a nudo la vera essenza o natura di ciò che i giuristi sono d'accordo essere il diritto. Avremmo allora analizzato «E' diritto che...» senza assumere nella nostra analisi, perfino come proposizione generale, niente su come lo stato del diritto dovrebbe figurare nella determinazione che il giudice fa del caso di cui si occupa. Avremmo allora lasciato il problema sentenziale completamente intatto. Se è vero, potremmo allora dire che come questione di morale politica i giudici dovrebbero normalmente far rispettare il diritto. Ma potremmo anche dire, con uguale coerenza, che non dovrebbero mai applicare il diritto senza trovarlo giusto, saggio o efficiente in maniera indipendente. In questo caso, lo stadio sentenziale sarebbe uno stadio di analisi interamente indipendente e autosufficiente. Potremmo anche dire che una teoria della sentenza non è dopo tutto parte di una teoria del diritto. In realtà, i filosofi del diritto che fanno propria questa concezione del carattere filosofico del concetto dottrinale di diritto possono dire, come alcuni dei miei critici effettivamente fanno, che la mia teoria dottrinale basata sull'integrità è solo una teoria della sentenza, non una teoria del diritto. Questa tesi è resa possibile dalla decisione che hanno preso al primo stadio della teoria giuridica, quello semantico.

Che cosa una teoria giuridica proponga a livello sentenziale dipende non solo dalla decisione presa allo stadio semantico di base, ma anche dalla decisione presa agli stadi successivi. Si supponga, ad esempio, che i legali della signora Sorenson accettino allo stadio semantico che il concetto dottrinale di diritto sia interpretativo ma ribadiscano al successivo stadio giurisprudenziale che il diritto dovrebbe essere inteso in funzione dei valori dell'efficienza e della coordinazione, e che perciò facciano valere una teoria dottrinale che renda rilevanti solo le dichiarazioni giuridiche passate dei magistrati, e niente altro, al fine di determinare la verità di ogni proposizione del diritto. Potrebbero allora sostenere che sebbene sia vero che

nessuna dichiarazione ufficiale passata attribuisca al proprio cliente un diritto giuridico ai danni in proporzione alle quote di mercato, nessuna dichiarazione passata nega tale diritto. Potrebbero concludere che, in questo caso (come in altri casi non citati), ci sia ciò che alcuni teorici giuridici chiamano una «lacuna» nel diritto. Nessuna proposizione del diritto impone un risultato in un modo o nell'altro, così che anche se i giudici accettano che devono seguire il diritto quando c'è un diritto da seguire, devono sviluppare una teoria indipendente della sentenza che dica loro come decidere i casi in cui non c'è alcun diritto da seguire e, secondo i legali della signora Sorenson, dovrebbero allora fare giustizia imponendo alle aziende farmaceutiche di risarcire i danni da lei subiti in base alle quote di mercato. (Forse nessun legale presenterebbe in questo modo questo argomento in tribunale - se lo facesse potrebbe essere punito - ma i giudici potrebbero capire che quando i legali dicono che la legge favorisce i loro clienti è questo ciò che effettivamente intendono.)

In due punti la morale gioca un ruolo nella teoria giuridica all'interno di questa nuova strutturazione: allo stadio giurisprudenziale, quando è assegnato un valore alla prassi giuridica; e allo stadio sentenziale, quando i giudici sono spinti a fare giustizia e viene loro detto che la giustizia richiede risarcimenti in proporzione alle quote di mercato. Ma le due iniezioni di morale sono distinte. Nella mia concezione, al contrario, il valore dell'integrità che noi dovremmo attribuire alla prassi giuridica confluisce dallo stadio dottrinale nello stadio sentenziale perché, sostengo, l'integrità richiede ai giudici di ricorrere alla morale in qualche caso, incluso quello in discussione, per decidere tanto cosa sia il diritto quanto come onorare le proprie responsabilità come giudici. Ancora una volta, la differenza non è fra le teorie che includono e quelle che escludono la morale, ma fra le teorie che introducono la morale a differenti stadi di analisi con conseguenze differenti per il giudizio politico conclusivo in cui termina una completa teoria giuridica.

- "Il pragmatismo giuridico".

Questa descrizione anatomica di una teoria giuridica, che divide ogni teoria complessiva negli stadi semantico, giurisprudenziale, dottrinale e sentenziale è senza dubbio artificiale: i filosofi del diritto non articolano le loro teorie in questo modo stilizzato. Ma questa anatomia artificiale fornisce un utile schema per identificare e distinguere una varietà di tipi di teorie giuridiche. In questo libro inizio con una teoria che è tanto radicale nella storia del pensiero giuridico quanto di grandissima importanza nella prassi giuridica contemporanea. Questa teoria ha preso differenti forme e assunto differenti nomi. La chiamerò «pragmatismo giuridico».

Il pragmatismo è presentato nel modo più semplice e generale come teoria della sentenza: esso sostiene che i giudici dovrebbero sempre decidere i casi di loro competenza in uno stile prospettico ["forward-looking"] e consequenzialistico. Dovrebbero prendere le decisioni che sono migliori per il futuro della comunità, senza riguardo per la prassi passata. Ogni versione più precisa di pragmatismo deve specificare una concezione particolare di consequenzialismo: deve specificare come decidere quali conseguenze di una decisione dovrebbero essere le conseguenze migliori. Questa potrebbe essere una concezione di utilitarismo dell'atto, il quale sostiene che ogni decisione politica individuale dovrebbe mirare a massimizzare il benessere medio atteso di una popolazione definita secondo una certa concezione determinata del benessere: ad esempio come felicità o come soddisfazione dei desideri. Oppure potrebbe essere una concezione che non si basa sul benessere e che, ad esempio, definisce le conseguenze migliori in termini di efficienza economica o di massimizzazione della ricchezza.

Ad ogni modo, un giudice pragmatista deve tuttavia accettare dei vincoli strumentali che gli richiedono di porre attenzione a ciò che i legislatori hanno emanato o a ciò che i giudici hanno deciso nel passato. Questi vincoli non sono estranei alla concezione delle migliori conseguenze che è stata scelta ma emergono piuttosto da essa. Secondo il pragmatismo, i giudici debbono nell'insieme obbedire al legislatore e tener fede alle decisioni giudiziarie passate perché il potere delle istituzioni legislative e giudiziarie di coordinare il comportamento futuro è di grande beneficio nell'assicurare l'efficienza ed ogni altro fine, e questo potere verrebbe

indebolito se i giudici ignorassero caratteristicamente nelle nuove decisioni i pronunciamenti passati. Ma non ci possono essere altri vincoli, meno strumentali, su ciò che i giudici possono fare, così che quando l'efficienza o qualche altro scopo della comunità è effettivamente servito meglio ignorando o riscrivendo i pronunciamenti passati, questo è ciò che un giudice pragmatista dovrebbe fare.

La nostra anatomia suggerisce differenti modi in cui un teorico del diritto può arrivare a questa posizione. Potrebbe, ad esempio, costruire la propria strada attraverso i quattro stadi della teoria giuridica che ho descritto e potrebbe in realtà accettare in modo sommario le risposte che ho dato alle domande poste agli stadi semantico e giurisprudenziale. Potrebbe sostenere allo stadio semantico che il concetto dottrinale di diritto è un concetto interpretativo e al livello giurisprudenziale che la miglior trattazione del valore del diritto include un ideale di integrità. Potrebbe allora sperare di fornire, allo stadio dottrinale, la migliore interpretazione della prassi odierna ma non essere d'accordo con me supponendo che la migliore interpretazione dovrebbe giustificare lo stabilire per il diritto solo valori di verità prospettici e consequenziali. Così che la proposizione che la signora Sorenson ha un diritto giuridico a risarcimenti in proporzione alle quote di mercato dovrebbe essere vera se, ma solo se, l'indennizzo stabilito da un giudice farebbe più bene che male all'insieme della comunità nel suo complesso. Il rilevante movimento intellettuale chiamato «Law and economics», che ha trovato diffusione inizialmente nelle scuole di diritto americane ma che si è allargato in seguito alle altre nazioni, ha generato una varietà di correnti. Una di queste è indubbiamente giurisprudenziale e interpretativa: gli studiosi di questa parte del movimento sostengono che i tribunali di "common law" hanno caratteristicamente preso decisioni che massimizzano l'efficienza economica, definita in certo modo. (Ho discusso e criticato vari aspetti di questo movimento in numerosi saggi e libri) (12). Se è così, allora l'integrità è meglio protetta dallo sviluppare il diritto, nei casi ardui come quello della signora Sorenson, in qualsiasi modo che massimizzi uno scopo prospettico.

Ma altri pragmatisti ragionano in un modo molto

differente, iniziando da una posizione molto più radicale allo stadio di analisi semantico. Ho presupposto, nel sintetizzare la mia concezione in questa «Introduzione», che le proposizioni del diritto abbiano condizioni di verità (cosa che rende sensato chiedere se sia vera la proposizione che la signora Sorenson ha un diritto giuridico al risarcimento del danno in proporzione alle quote di mercato e, se lo è, perché) e che uno studio filosofico del concetto dottrinale di diritto dovrebbe essere diretto a identificare queste condizioni di verità. Questi presupposti sono stati attaccati per vari decenni da alcuni giuristi accademici, che li definiscono tesi «realistiche» riguardo al diritto e ribadiscono che le proposizioni del diritto non sono né vere né false ma solo espressione delle preferenze soggettive dei giudici o di altri funzionari, così che il progetto di cercare condizioni di verità per le proposizioni del diritto è un'inutile perdita di tempo. Sostengono che il concetto dottrinale di diritto non è un concetto criteriale, o di tipo naturale, o interpretativo, ma piuttosto che è un concetto finto. Una versione più sofisticata di queste tesi scettiche è stata difesa, in una veste più organizzata e filosofica, da altri autori che si sono definiti pragmatisti. Nel Capitolo 1 analizzo le tesi e gli argomenti di due autori di questo tipo: il filosofo Richard Rorty e lo studioso di letteratura Stanley Fish. Sebbene nessuno dei due sia un giurista, entrambi hanno scritto criticando la mia concezione giuridica. In quel capitolo sostengo che la loro versione di pragmatismo è filosoficamente confusa e non può essere formulata se non per metafore che non possono essere sciolte senza rendere i loro argomenti auto-contraddittori.

Ma la versione più influente di pragmatismo nel diritto accademico è diversa. E' su un piano meno filosofico e più pratico di quello delle concezioni discusse nel Capitolo 1, ma la sua tesi centrale è una prospettiva importante e controversa in filosofia politica. Sostiene che chi ha potere politico dovrebbe usare questo potere per tentare di rendere le cose migliori in qualunque modo sia possibile data la sua posizione istituzionale e il grado del suo potere. Per questa concezione, ogni interesse che i giudici possano mostrare per la verità delle proposizioni del diritto è un'inutile distrazione dallo scopo che dovrebbero perseguire risolutamente, cioè il miglioramento

della loro comunità politica. Questa forma di pragmatismo si svela pienamente allo stadio sentenziale della teoria giuridica: non ha bisogno di alcun stadio precedente. In questo modo non presuppone alcuna tesi sulla natura del concetto dottrinale del diritto, o su come le prassi odierne del diritto siano meglio giustificate, o sulle condizioni di verità delle proposizioni giuridiche. Tutti gli armamentari della "jurisprudence" tradizionale sono spazzati via dal vento fresco del calcolo prospettico, strumentale, mezzo-fine.

Richard Posner, importante giudice federale e studioso e scrittore enormemente prolifico, è stato il più influente pragmatista giuridico a sostenere questa concezione. Il Capitolo 2 e il Capitolo 3 discutono le sue concezioni. (In una appendice a quest'ultimo capitolo, discuto il tentativo di Posner di sviluppare le sue teorie pragmatiste per giustificare la grossolana decisione della Corte Suprema nel caso "Bush v. Gore" che ha reso George W. Bush presidente e ha fatalmente cambiato la storia del mondo.) Attraverso la discussione delle teorie di Posner sostengo che questa forma di pragmatismo non arriva a niente, che è vuota, perché sebbene ribadisca che i giudici dovrebbero decidere i casi in modo da produrre le conseguenze migliori, non specifica come i giudici dovrebbero decidere quali sono le conseguenze migliori. E' una critica rilevante, perché individuare una concezione concreta di consequenzialismo renderebbe ogni versione di pragmatismo immediatamente meno attraente. Molti studiosi giuridici americani che ora orgogliosamente presentano se stessi come pragmatisti sarebbero imbarazzati se dovessero abbracciare una teoria effettiva piuttosto che una solo retorica. L'utilitarismo, nonostante tutti i suoi ben noti difetti, sembra la più promettente teoria che un pragmatista giuridico dovrebbe adottare, ma Posner l'ha rifiutata senza indicare cosa vorrebbe che una teoria morale adottasse al suo posto. La sua sola risposta all'argomento che il pragmatismo rimane vuoto è che i giudici americani sono sufficientemente d'accordo sugli scopi autentici della loro società così che non è necessaria alcuna definizione o discussione accademica di questi scopi. E' sufficiente semplicemente lasciare che i giudici facciano tutto ciò che tutti concordano essere la cosa migliore. Nessuno che ha seguito le recenti battaglie politiche e congressuali sulle

nomine di giudici alle corti federali fatte dal presidente Bush può dar credito a questa tesi. In realtà i giudici, effettivi e potenziali, sono profondamente in disaccordo su tutto l'insieme di questioni politiche che hanno a che fare col diritto: dall'importanza relativa dell'efficienza economica, della sicurezza e della protezione ambientale alla giustizia razziale e all'uguaglianza di genere.

Nel Capitolo 2 metto insieme Cass Sunstein con Posner come membri entrambi di una scuola di pensiero «antiteorica». Considero adesso questa tesi come un'esagerazione perché, sebbene entrambi siano critici del ruolo che la filosofia politica e morale svolge nella mia trattazione del diritto, credo ora che le differenze fra le concezioni di Sunstein e le mie siano, come egli stesso riconosce (13), molto meno profonde delle mie differenze con Posner. Tuttavia le differenze fra le concezioni di Sunstein e le mie sono significative. Egli crede che i requisiti che attribuisco ai giudizi supponendo che le proposizioni del diritto siano vere quando sono sostenute dalla migliore interpretazione della prassi giuridica complessiva siano troppo esigenti e per questa ragione è probabile che producano cattive decisioni. Credo, come spiego nel Capitolo 2, che la questione interpretativa di cosa il diritto sostenga riguardo a un argomento particolare sia per principio una questione senza fine. I giudici possono normalmente raggiungere risposte competenti consultando solo i materiali giuridici della loro propria giurisdizione che si trovano nelle vicinanze dottrinali del loro immediato problema, guidati da ciò che chiamo il principio della «priorità locale» (14). Ma i loro argomenti, confinati in questo modo, sono alla fine dei buoni argomenti, secondo la mia concezione, solo se sono sostenuti da un'interpretazione molto più generale che abbraccia i materiali giuridici come un tutto ed è fondata in una più fondamentale concezione del diritto giurisprudenziale. Quanto un giurista o un giudice debba avventurarsi egli stesso in questo territorio più generale prima di annunciare una conclusione sullo stato del diritto è essenzialmente una questione pratica: dipende, fra le altre cose, dalle sfide alla sua concezione che sono state effettivamente proposte da altri giuristi o funzionari. Può essere che a queste sfide non possa essere risposto con i materiali nelle immediate vicinanze e che sia necessaria una

«ascesa teorica», come la chiamo. Sunstein pensa che i giudici dovrebbero resistere a questa ascesa teorica anche in linea di principio: dovrebbero decidere i casi in un modo più tradizionale, cercando giustificazioni solo parzialmente articolate delle proprie decisioni, alla ricerca di un «accordo incompletamente teorizzato» con i loro colleghi. Critico queste tesi nel Capitolo 2. Sunstein ha recentemente pubblicato con altri coautori uno studio empirico della sentenza, i risultati del quale, dice generosamente, tendono a sostenere le mie teorie più che le sue (15).

- "Il pluralismo morale".

La mia tesi può essere criticata allo stadio giurisprudenziale, e dunque anche agli stadi successivi, in modi molto differenti. La mia trattazione interpretativa della prassi giuridica suppone che i valori che giustificano la prassi giuridica, anche se vari e complessi, formino un insieme integrato e in questo modo può sia richiedere sia condurre l'integrità agli stadi dottrinale e sentenziale. Ma c'è un'influente tradizione filosofica, che riecheggia ora nell'opinione di molti giuristi, secondo la quale i valori politici importanti come la libertà e l'uguaglianza sono in un conflitto così profondo l'uno con l'altro che è necessario un compromesso fra di essi. Questo compromesso non può esso stesso essere guidato da un qualche valore più fondamentale perché il conflitto è fra i valori più fondamentali. Alla fine è necessaria una scelta soggettiva e priva di guida fra i valori, e questo fatto costituisce una sfida al mio presupposto che una sola interpretazione della prassi giuridica generale o perfino di qualche area particolare del diritto possa plausibilmente essere difesa come la migliore nel complesso. Il più influente campione di un conflitto fondamentale nei valori politici è stato Isaiah Berlin. La teoria di Berlin di un profondo conflitto nei valori morali costituisce una sfida all'ideale di integrità ad un livello veramente basilare. Spiego e critico le sue tesi e i suoi argomenti nel Capitolo 4.

- "Il positivismo politico dottrinale".

Con i miei primi tentativi di caratterizzare la dottrina giurisprudenziale del positivismo giuridico ho suscitato una controversia inutile: non c'è niente di importante in come questo termine è usato o anche in quali autori sono detti positivisti (16). Sarà utile, comunque, ai fini dell'esposizione distinguere diverse posizioni giurisprudenziali, ognuna delle quali potrebbe essere chiamata una posizione positivistica. Sono differenti l'una dall'altra perché sono teorie di diversi concetti di diritto. Il positivismo dottrinale ritiene che i fatti morali non possano figurare, almeno fondamentalmente, nelle condizioni di verità delle proposizioni del diritto. Nel suo libro "Il concetto di diritto", H. L. A. Hart ha difeso il positivismo dottrinale. «Secondo la mia teoria - ha detto - l'esistenza e il contenuto del diritto può essere identificato dal riferimento alle fonti sociali del diritto (per esempio la legislazione, le decisioni giudiziarie, i costumi sociali) senza riferimento alla morale eccetto quando il diritto così identificato non abbia esso stesso incorporato un criterio morale per l'identificazione del diritto» (17).

Il positivismo sociologico sostiene che i test morali non figurano fra i test appropriati per distinguere il diritto da altre forme di organizzazione sociale e politica. Il positivismo tassonomico sostiene che principi morali e principi giuridici sono distinti e perciò che il diritto non include alcun principio morale. Ho già suggerito delle ragioni per dubitare che il positivismo, tanto sociologico quanto tassonomico, sia una posizione filosofica rilevante. Se, come credo, i concetti sociologici e tassonomici del diritto sono concetti criteriali imprecisi, nessuna teoria che insista nell'imporre confini netti a questi concetti può essere dotata di una certa rilevanza filosofica, che è distinta da quella metodologica. I miei scritti sul positivismo hanno assunto il positivismo dottrinale come loro obiettivo, e i riferimenti non precisati al positivismo in questo libro dovrebbero essere intesi come denotanti questa posizione.

Il positivismo dottrinale ha chiaramente una rilevanza

filosofica. Ha anche una rilevanza pratica? Dipende da quale connessione supponiamo esserci tra i livelli dottrinale e sentenziale dell'analisi giuridica. Sia il pragmatismo giuridico sia la concezione della dottrina giuridica basata sull'integrità che difendo hanno implicazioni pratiche: si dispiegano in relazione al presupposto di fondo secondo il quale è importante la maniera con cui i giudici decidono i casi che si presentano loro. Sono perciò fra le teorie del diritto rilevanti che sono effettivamente al lavoro, spesso in superficie, nell'analisi giuridica: nelle opinioni dei giudici, nelle sale di lettura e nelle aule dei seminari dove il diritto pubblico e privato è in incubazione. Alcune versioni di positivismo giuridico, a cui mi riferirò nel complesso come positivismo politico, sono rilevanti allo stesso modo: anch'esse affrontano il problema di come i giudici dovrebbero decidere i casi. Assumono che ciò che i giudici dovrebbero fare è largamente deciso da quelle proposizioni del diritto che sono vere, e si richiamano, come faccio io, alla morale politica per giustificare le loro concezioni sulle condizioni di verità delle proposizioni del diritto. Come dico nel Capitolo 7, rilevanti giuristi americani, inclusi Oliver Wendell Holmes e Learned Hand, hanno difeso il positivismo giuridico perché credevano che i giudici dovessero obbedire alle decisioni delle istituzioni legislative popolari e non tentare essi stessi di criticare o completare quelle decisioni in base alle loro convinzioni morali forse differenti (e, quei giuristi pensavano, tipicamente più conservatrici). Questi positivisti politici presupposero che la migliore giustificazione della prassi giuridica includa ciò che ritenevano essere un principio democratico: che le persone nell'insieme e non i giudici, che non possono essere fatti dimettere dal popolo, dovrebbero decidere quali leggi dovrebbero governarle.

Alcuni giuristi accademici contemporanei difendono il positivismo giuridico in un modo simile, esplicitamente pratico e politico: Liam Murphy, per esempio, crede che se i giudici si richiamano alla morale nelle loro decisioni su ciò che è il diritto, la gente comune finirà per credere che qualunque cosa sia diritto è giusta (18). Ciò sembra controintuitivo e poco verosimile, ma gli argomenti di Murphy sono tuttavia una buona illustrazione del carattere del positivismo giuridico. La

versione del positivismo dottrinale di H. L. A. Hart, che è stata influente nella filosofia giuridica accademica sebbene non nella prassi giuridica, è ora generalmente intesa come un esempio non del positivismo politico ma del positivismo analitico, un tipo di teoria che descrivo più oltre. Ma ci sono almeno cenni di positivismo politico nei suoi primi lavori. Una volta, ad esempio, ha sostenuto che separare decisamente l'argomentazione giuridica da quella morale faciliterebbe la critica morale del diritto (19).

Comunque, la più formidabile versione contemporanea di positivismo politico, e che ha in realtà una grandissima importanza pratica, è una teoria su come dovrebbe essere letta la Costituzione degli Stati Uniti. Come ho detto prima, le costituzioni politiche di molti paesi pongono limiti ai poteri delle istituzioni legislative e dei funzionari dell'esecutivo con un linguaggio astratto che è sia esplicitamente morale (nessuna punizione può essere «crudele e inusuale») o aperto a interpretazioni morali (il governo non può negare il «giusto» processo giuridico ["«due» process of law"]). Ho sostenuto che questi vincoli giuridici al potere ufficiale devono essere letti come vincoli morali, e che i giuristi e i giudici chiamati a controllare con questi standard gli atti legislativi ed esecutivi devono perciò essi stessi entrare in questioni morali (20). Al fine di decidere se una leva di soli uomini sia proibita dalla clausola di "equal protection" del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione, i giudici devono decidere se la distinzione è giustificata nella morale politica, sebbene questa non sia l'unica questione che debbono decidere. Questa concezione è fermamente rifiutata dai giuristi e dai giudici che si definiscono «originalisti»: essi credono che perfino le clausole astratte e a prima vista morali della Costituzione americana dovrebbero essere interpretate come se proibissero solo la legislazione o gli altri atti che si sarebbero aspettati che proibissero coloro che hanno scritto o applicato quelle clausole tanto tempo fa o i costituenti da tanto tempo defunti. Essi ribadiscono che solamente fatti di carattere storico sulle credenze o i desideri o le aspettative di persone storiche forniscono le condizioni di verità delle proposizioni del diritto costituzionale: la clausola di "equal protection" impedisce una leva di soli uomini solo se i politici che hanno applicato il

Quattordicesimo Emendamento dopo la Guerra Civile, nella quale fu usata la leva di soli uomini, si sarebbero aspettati che la loro clausola proibisse un tale reclutamento. La morale non ha niente a che fare con ciò.

Coloro che hanno proposto questa concezione non sono principalmente filosofi del diritto, ed è spesso difficile discernere la completa struttura dei loro argomenti da ciò che dicono. Spesso presentano la loro opinione come derivante dalla definizione o dalla natura stessa del diritto, il che potrebbe suggerire che rifiutano allo stadio semantico la mia concezione che il diritto è un concetto interpretativo. Ma spesso rafforzano la loro tesi con appelli al principio politico che è più coerente con una teoria democratica che la nazione sia governata da principi che una volta sono stati emanati dal popolo e dai suoi rappresentanti, anche se ciò è accaduto molto tempo fa, piuttosto che da principi che riscuotono il favore di pochi giuristi che svolgono ora incarichi giudiziari. Essi credono, cioè, che i giudici contemporanei non dovrebbero usare il ragionamento morale per interpretare i dettati della Costituzione non perché per definizione il diritto non ha niente a che vedere con la morale, ma al contrario perché i migliori argomenti di morale politica richiedono che i giudici contemporanei siano vincolati a seguire le opinioni morali di qualche generazione precedente fino a che queste non vengano sostituite non da loro ma dal popolo nel suo insieme attraverso un emendamento costituzionale. Essi dunque sono d'accordo con me che il diritto è un concetto interpretativo (perché altrimenti sarebbe necessario un appello alla morale politica?) e ritengono i principi politici che citano indispensabili a una giustificazione della prassi giuridica americana. (C'è qualche volta spazio per lo scetticismo su quanto sincero sia l'appello a questi principi. Come sostengo nel Capitolo 5, discutendo la "jurisprudence" del giudice Antonin Scalia, alcuni dei giudici della Corte Suprema che hanno abbracciato l'originalismo non seguono coerentemente i suoi principi nel proprio comportamento giudiziario. I loro voti in casi controversi potrebbero essere meglio spiegati da un programma politico fortemente conservatore che non dipende dal successo di alcuna interpretazione generale della nostra prassi giuridica.)

Ho argomentato contro questa teoria «originalista» dell'interpretazione costituzionale per molti anni; nel Capitolo 5 discuto una confusione filosofica che credo infici gli argomenti che i giuristi e i giudici conservatori hanno offerto a sostegno di essa. Distinguo fra due idee molto diverse: l'originalismo semantico, il quale ribadisce che alle parole di un testo costituzionale deve essere dato il significato che quelli che hanno promulgato il testo intendevano che esse avessero; e l'originalismo di aspettativa, che sostiene che a queste parole deve essere data nel diritto la forza che si aspettavano che avesse. L'originalismo semantico mi sembra inattaccabile: applica semplicemente ai testi giuridici interpretazioni filosofiche generali dell'idea di significato. Se «crudele» avesse significato nel diciottesimo secolo ciò che 'costoso' significa oggi, noi fraintenderemmo l'Ottavo Emendamento nel leggerlo come se condannasse punizioni crudeli. (Il professor Laurence Tribe, che è un grande avvocato e giurista costituzionale, mi è sembrato non cogliere l'importanza dell'originalismo semantico nei suoi commenti ai miei scritti sull'interpretazione costituzionale, e colgo l'occasione nel Capitolo 5 di spiegare perché ritengo sbagliata la sua critica.) Non si può resistere all'originalismo semantico, ma si deve resistere all'originalismo dell'aspettativa perché se gli estensori della Costituzione hanno inteso fissare degli standard morali astratti, come ritengo che essi abbiano fatto, allora non siamo fedeli a ciò che intendevano dire se riteniamo che abbiano dichiarato che la legislazione dovesse essere individuata in relazione alle loro opinioni sulla giustizia piuttosto che alla giustizia stessa. Credo che gli argomenti del giudice Scalia sull'interpretazione legislativa e costituzionale, che discuto nel Capitolo 5, abbiano particolarmente sofferto di questa confusione.

- "Il positivismo dottrinale analitico".

Il positivismo dottrinale analitico sostiene che l'indipendenza del diritto dalla morale non dipende da un'interpretazione o una giustificazione politica o morale della prassi giuridica né da una dottrina politica allo stadio

sentenziale della teoria giuridica ma segue direttamente dalla corretta analisi dello stesso concetto, o idea, o natura, del diritto. Una volta che comprendiamo in maniera propria il concetto dottrinale di diritto, sostengono i positivisti analitici, vediamo che è una verità necessaria di qualche tipo che i fatti morali non possono comparire fra le condizioni di verità di tali proposizioni. Questa è la posizione che si ritiene generalmente sostenuta nel libro più famoso di Hart, intitolato "Il concetto di diritto", sebbene perfino in quel libro ci siano tracce di positivismo politico piuttosto che analitico (21). L'ho considerata come la posizione di molti seguaci di Hart nella filosofia del diritto accademica, inclusi i filosofi del diritto la cui opera discuto nel Capitolo 7; sebbene nel Capitolo 8, dove discuto vari articoli apparsi dopo che il Capitolo 7 era stato pubblicato, proponga delle ragioni per chiedersi se alcuni dei seguaci di Hart dovrebbero essere visti ora soltanto come sostenitori del positivismo tassonomico.

I positivisti dottrinali analitici non sono d'accordo con le mie prospettive al più fondamentale stadio semantico della teoria giuridica perché ribadiscono che, contrariamente alla mia opinione, il concetto dottrinale di diritto non è un concetto interpretativo, la chiarificazione del quale richiede un approfondimento di questioni di morale politica, ma un concetto di qualche altro tipo, la chiarificazione del quale è un progetto completamente descrittivo o concettuale nel quale la morale sostantiva non ha alcun luogo. La mia difficoltà nel comprendere il positivismo analitico poggia principalmente sulla difficoltà di intendere questo punto. Nell'"Impero del diritto" ho suggerito un modo di intenderlo: ho detto che Hart ha in effetti presupposto che il concetto dottrinale di diritto sia un concetto criteriole e che analizzare questo concetto significhi portare in superficie il criterio che i giuristi effettivamente usano nell'applicarlo, anche se inconsciamente. Questa metodologia di analisi concettuale era familiare nel mondo filosofico di Oxford in cui Hart preparava il suo libro.

Ho pensato che Hart intendesse sostenere, nello spirito di una massima del suo collega J. L. Austin, che Hart stesso ha citato nel suo libro, che possiamo apprendere la natura del diritto riflettendo su distinzioni inerenti al linguaggio con cui descriviamo e in cui portiamo avanti le nostre prassi

giuridiche. Non volevo dire che Hart intendesse egli stesso offrire definizioni nel senso ordinario. «I filosofi che ho in mente», ho scritto, descrivono «il senso delle proposizioni del diritto - cosa significano per quelli che le usano - e questa spiegazione assume la forma o di definizioni di 'diritto', secondo il vecchio stile, o di resoconti delle 'condizioni di verità' delle proposizioni del diritto - le circostanze in cui i giuristi le accettano o le rifiutano - secondo uno stile più moderno» (22). Ho criticato il presupposto che il concetto dottrinale di diritto sia un concetto di questo tipo, che possa essere chiarito richiamando l'attenzione alle diverse circostanze in cui «noi» riteniamo appropriato l'uso del concetto dottrinale o di concetti affini. Ho detto che l'insuccesso nel comprendere che il concetto dottrinale è un concetto interpretativo anziché criteriale costituisce una fallacia che ho chiamato l'«assillo semantico», e che discuto più dettagliatamente nel Capitolo 8.

Nel nuovo materiale, pubblicato solo dopo la sua morte, Hart ha rifiutato la mia descrizione della sua precedente metodologia: ha detto che l'avevo frainteso. Continuo a pensare, così come fanno altri filosofi del diritto (23), che la mia diagnosi originale fosse corretta, e che essa abbia ricevuto nuovo supporto, credo, dalla recente ed eccellente biografia di Hart ad opera di Nicola Lacey (24). Ad ogni modo, dobbiamo prendere la successiva smentita di Hart almeno come l'affermazione di come da quel momento fosse giunto a pensare alla propria opera, e perciò considero nel Capitolo 6 spiegazioni alternative della sua metodologia. Ma senza successo: non riesco a trovare altre spiegazioni di come Hart potesse avere pensato che la teoria della verità delle proposizioni del diritto, che voleva fornire, potesse essere politicamente e moralmente neutrale. Il destino del positivismo dottrinale analitico sta interamente nella sua capacità di proporre un resoconto del concetto dottrinale di diritto che mostri che questo concetto è suscettibile di un'analisi filosofica sostanziosa e moralmente neutrale. Se non riusciamo a dare un senso al ruolo del concetto dottrinale nella prassi giuridica senza considerarlo un concetto interpretativo, allora non ci può essere alcuna analisi utile di questo concetto che sia completamente innocente rispetto alla morale politica.

Il Capitolo 7 esamina il positivismo analitico da una prospettiva più contemporanea. Negli anni Settanta è iniziato un dibattito, promosso da un articolo in cui suggerivo che la versione di positivismo analitico di Hart, che pretendeva di essere un resoconto del concetto stesso di diritto, e perciò di applicarsi a tutti i sistemi giuridici maturi presenti e passati, falsificava una parte sostanziale della fenomenologia del diritto e dei rapporti scritti ufficiali (25). Hart aveva detto che tutti questi sistemi giuridici contengono una fondamentale, anche se a volte complessa, «regola di riconoscimento» sociale, che è accettata nella sostanza da tutti gli attori giuridici e che opera per loro come un test decisivo del pedigree delle proposizioni vere del diritto. Ho creduto che questa tesi non riconoscesse il ruolo rilevante dei principi morali all'interno del ragionamento giuridico. Questi principi compaiono nelle spiegazioni dei giudici del perché il diritto è come loro pretendono che sia, ma non sono essi stessi identificati da un qualche test decisivo del pedigree ampiamente accettato. Al contrario, l'identità, il carattere, e il peso dei principi che figurano nell'argomentazione giuridica, sostenevo, sono controversi, e ogni opinione del giurista o del giudice dipende dalle proprie convinzioni di morale personale e politica.

Hart nel corso della sua vita non ha pubblicato una replica sostanziale ai miei argomenti. Hanno replicato comunque altri positivisti analitici. Uno di loro, Jules Coleman, ha detto che il mio articolo ha agito da catalizzatore, spronandoli a rifinire e a sviluppare il positivismo analitico per rispondere alle mie obiezioni. Nel Capitolo 7 descrivo i loro tentativi e ne valuto il successo considerando le recenti teorie di Coleman e del principale discepolo di Hart, Joseph Raz. Coleman ha replicato ai miei argomenti suggerendo, in una dottrina chiamata adesso positivismo «inclusivo», che la morale è rilevante nel ragionamento giuridico solo quando e perché le regole del diritto che si sottopongono ai test di pedigree di una regola di riconoscimento incorporano un riferimento alla morale: solo quando, ad esempio, un provvedimento costituzionale prevede esplicitamente che le leggi «ingiuste» non sono valide. Ho sostenuto che questi suoi argomenti sono sbagliati in molti modi e che la sua tesi sfocia non in una vittoria della sua versione di positivismo analitico ma in una resa completa del

positivismo.

Raz ha replicato ai miei argomenti in modo molto diverso: ribadendo che è essenziale al concetto di diritto che il diritto sia capace di agire come un'autorità e quindi sviluppando una trattazione particolare dell'idea di autorità, secondo la quale nessuno standard può essere dotato di autorità se è richiesto un ragionamento morale per identificare il contenuto di quello standard. Sostengo che la teoria particolare dell'autorità di Raz sia arbitraria e formulata solo per produrre questo risultato e che, in ogni normale concezione dell'autorità, degli standard possono essere dotati di autorità anche se un'interpretazione che poggi su convinzioni morali è necessaria a determinare cosa richiedono. Nel Capitolo 8 presento in modo differente la discussione tra me e i positivisti analitici. Discuto recenti saggi di Coleman, Raz, Michael Stephen Green e Scott Shapiro che credo dimostrino quanto profondamente gli argomenti dei positivisti analitici contemporanei poggino sull'ignorare le distinzioni cruciali tra i concetti di diritto dottrinale, sociologico, e tassonomico che ho discusso precedentemente in questa «Introduzione».

- "La filosofia del diritto".

Corsi chiamati «Jurisprudence» o «Filosofia del diritto» sono stati tenuti per secoli nelle Scuole di diritto e nelle Università giuridiche di tutto il mondo. Ma il contenuto di questi corsi e la loro importanza nell'educazione giuridica sono cambiati frequentemente in risposta ai mutamenti nel carattere e nell'apparente importanza pratica dei dibattiti fra gli studiosi che hanno fatto propria come disciplina la filosofia del diritto. Quando ero uno studente di diritto i corsi di "jurisprudence" erano occupati da un canone tradizionale di questioni concettuali sulla natura del diritto che erano ritenute molto diverse, sia nelle materie sia nelle capacità necessarie per il loro studio, dalle questioni di diritto sostanziale e procedurale studiate nelle altre classi delle scuole di diritto. Dibattevamo questioni sul ruolo della morale nel ragionamento giuridico chiedendoci se il positivismo giuridico o la legge naturale

offerissero una comprensione migliore della natura essenziale del diritto.

Questo scenario è cambiato in due modi importanti. In primo luogo, le classi chiamate «Jurisprudence» non sono più dedicate solo, o anche principalmente a questi problemi concettuali: esse affrontano una grande varietà di questioni più politiche, ad esempio il ruolo dell'economia nel diritto, la sociologia giuridica, il femminismo, e quella che è chiamata in modo rivelatore la «teoria critica della razza». In secondo luogo, la filosofia del diritto è passata al centro di molti altri temi e corsi universitari offuscando pesantemente la distinzione fra "jurisprudence" e diritto sostanziale. Un numero molto maggiore di giuristi accademici ha avuto un'educazione filosofica prima della laurea e anche dopo la laurea, e alcuni tra i lavori filosoficamente più significativi e di valore nella teoria giuridica sono stati fatti da giuristi accademici che definiscono se stessi non come filosofi del diritto ma come giuristi costituzionali o esperti in contratto, in colpa civile, in ambiente, o in qualche altra parte del diritto privato o pubblico. Vero è, come suggerisco nel Capitolo 7, che alcuni filosofi del diritto - principalmente i positivisti analitici - continuano a considerare la loro indagine concettuale del diritto come indipendente sia dalla sostanza giuridica sia dalla filosofia politica. Ma essi discutono soprattutto gli uni con gli altri e sono stati marginalizzati nell'università e nella professione. In realtà il lavoro più importante nella teoria giuridica è ora fatto non dai giuristi ma dai filosofi politici e dagli economisti che lavorano sia dentro le scuole di diritto sia dentro i loro dipartimenti accademici. Nessun teorico ha fornito un contributo più grande alla teoria giuridica in epoca recente di quello del filosofo politico John Rawls. Discuto i suoi contributi nell'ultimo capitolo di questo libro.

- "Un suggerimento finale".

La mia discussione fino ad ora non ha affrontato la tradizionale concezione che la «morale» e il «diritto» denominino settori di pensiero distinti in linea di principio,

sebbene forse in vari modi interdipendenti. Voglio ora suggerire che questa concezione tradizionale, che ci incoraggia a tracciare correlazioni fra due differenti domini intellettuali, è insoddisfacente. Potremmo far meglio con una topografia intellettuale differente: potremmo trattare il diritto non come separato dalla morale ma come un settore di essa. Intendiamo la teoria politica in questo modo: è una parte della morale intesa in senso più generale, ma una parte distinta, con una sua sostanza distinta, perché applicabile a distinte strutture istituzionali. Potremmo trattare la teoria giuridica come una parte particolare della morale politica contraddistinta da un'ulteriore precisazione delle strutture istituzionali.

Il mio suggerimento non ha alcuna forza indipendente di carattere sostanziale: posso dire tutto ciò che voglio sull'interconnessione fra diritto e morale nel vocabolario tradizionale che assume che siano sensatamente considerati come appartenenti a due distinti domini intellettuali. Ma la svolta che raccomando organizzerebbe le nostre discipline in modo più chiaro. Ci incoraggerebbe a vedere le questioni giurisprudenziali come questioni morali su quando, in che misura, e per quale ragione autorevole, decisioni collettive e convenzioni specializzate dovrebbero avere l'ultima parola nelle nostre vite. Non dubiteremmo più a lungo che la giustizia svolga un ruolo nello stabilire che cosa è il diritto. Ci potremmo concentrare allora sulla più complessa e importante questione di precisare quale sia questo ruolo.

1. PRAGMATISMO E DIRITTO.

Per più di un decennio la teoria giuridica americana è stata troppo impegnata in dibattiti metateorici sulla sua stessa natura o possibilità, in parte (ma solo in parte) ispirati da scopi politici encomiabili. Ma, all'atto pratico, nemmeno da tali scopi è venuto qualcosa di rilevante; coloro che hanno discusso di nichilismo e decostruzione pensando alla giustizia sociale avrebbero potuto fare di più per quest'ultima affrontandone più direttamente le questioni. Adesso dovremmo mettere da parte, come una perdita di energie e di risorse rilevanti, i grandi dibattiti sul fatto se il diritto si riduca a potere, illusione o costrizione; se i testi interpretino solo altri testi; se ci siano risposte giuste, o migliori, o vere, o più fondate, o soltanto utili o forti o popolari. Si potrebbe allora affrontare, invece, il modo in cui andrebbero prese le decisioni che saranno prese in ogni caso, e chiarire quali risposte sono effettivamente giuste, migliori, vere o più fondate fra quelle ritenute tali.

- "Il nuovo pragmatismo".

Alcuni giuristi nell'autodefinirsi pragmatisti intendono dire solamente di essere persone pratiche, più interessate alle conseguenze effettive di particolari decisioni politiche e giuridiche che alla teoria astratta. Ma «pragmatismo» è anche il nome di un tipo di teoria filosofica astratta. Il professor Rorty, che dice di essere un filosofo pragmatista, include in questa tradizione non solo William James, Charles Sanders Peirce e John Dewey, ma anche Ludwig Wittgenstein, W. V. O. Quine e Donald Davidson, sebbene questi ultimi tre filosofi non abbiano sostenuto, ma anzi contestato la versione di questa tradizione fornita da Rorty.

Per Rorty dobbiamo abbandonare l'idea che la ricerca giuridica, morale e perfino scientifica sia un tentativo di scoprire cosa è davvero tale, cosa è davvero il diritto, cosa significano davvero i testi, quali istituzioni sono davvero giuste, oppure come è davvero l'universo. Dovremmo abbandonare l'idea che un solo vocabolario di concetti, un solo insieme di proposizioni, possa essere più fedele di un altro a qualche «realtà» dotata di un'esistenza indipendente. Invece, dovremmo accettare che il vocabolario di cui disponiamo è "proprio" quello di cui disponiamo, quello che sembra adatto oppure utile a noi. Dovremmo pure accettare che quando quel vocabolario di idee e proposizioni non sembra più utile - sembra che non ci vada più bene - possiamo e dobbiamo cambiarlo, per vedere «come va» con uno differente. La ricerca, così intesa, è sperimentale. Proviamo nuove idee per vedere come funzionano, per vedere quali idee o vocabolari risultano utili o interessanti.

Questo sembra eccitante, ma dal punto di vista filosofico si tratta di un grosso problema, come hanno già messo in luce molti filosofi. Sull'argomento riprendo la critica devastante di Hilary Putnam nella sintesi fornita da Bernard Williams. «[Le concezioni di Rorty] semplicemente si smontano da sole. Se, come piace dire a Rorty, la corretta descrizione del mondo (per noi) è una questione di cosa troviamo conveniente dire, e se, come ammette Rorty, troviamo conveniente dire che la scienza scopre un mondo che è già lì, semplicemente non c'è alcun punto di vista da cui Rorty possa dire, come invece fa, che la scienza non scopre realmente un mondo che è già lì, ma lo inventa (più o meno)» (1).

La cosa si applica ugualmente al diritto e alla morale. I giuristi comuni nell'esercizio della loro professione pensano che alcune opinioni giuridiche effettivamente colgano il diritto in modo corretto (o anche più che corretto) e altre no. I cittadini comuni pensano che la guerra del Golfo sia stata davvero giusta o ingiusta. Essi non intendono che è divertente, interessante, vantaggioso o utile "dire" che lo sia stata, ma che essa lo "è stata" davvero, perché espellere un esercito invasore "è" davvero una cosa giusta da fare, o perché ammazzare persone innocenti "è" davvero sempre ingiusto. Dire che questa distinzione - tra ciò che il diritto è davvero o ciò che la

giustizia richiede davvero e ciò che sarebbe utile in qualche modo dire o pensare - è importante per noi significherebbe sminuirla. E' invece cruciale: senza di essa non potremmo «andare» in alcun modo, men che meno andar bene. Se pensassimo che il pragmatista ci stesse chiedendo di abbandonare quella distinzione, rifiuteremmo il suo consiglio come pragmaticamente controproducente: accoglierlo renderebbe il nostro vocabolario non più utile, ma di gran lunga meno utile per noi.

Così il pragmatismo si auto-distrugge ovunque appare: ci offre un consiglio che ci dice di non seguire. Deve avere sorpreso alcuni lettori, perciò, che Rorty dica che almeno nel diritto abbiamo già "fatto" i cambiamenti richiesti dalla sua versione di pragmatismo, che il pragmatismo e i suoi alleati hanno fatto semplicemente piazza pulita, che la lunga battaglia da loro combattuta è ora largamente vinta, e che almeno nella teoria giuridica ora siamo tutti pragmatisti (2). Come è possibile, dato che parliamo ancora come se le asserzioni dei giuristi sul diritto fossero affermazioni su ciò che il diritto è, non su ciò che sarebbe utile dire che sia, e dato che noi supponiamo ancora che tali asserzioni possano cogliere il diritto nella maniera giusta o sbagliata? La spiegazione poggia su una diagnosi che ho proposto precedentemente, in maniera piuttosto dettagliata, ma che riassumerò adesso (3).

Rorty e tutti i suoi seguaci sembrano distinguere, pur senza chiarirlo, fra due livelli in cui le persone presumibilmente pensano e parlano. Il primo è il livello interno in cui è portata avanti una qualche attività pratica come il diritto, la scienza, le arti letterarie o l'impegno morale. Cioè il livello in cui le persone usano il vocabolario che è loro utile: il livello in cui le persone giustamente dicono, perché "è" utile, che la scienza descrive come il mondo è davvero e che il diritto non è solo ciò che sarebbe utile pensare che fosse. Il secondo è il livello esterno in cui i filosofi e gli altri teorici parlano "di" queste attività piuttosto che parteciparvi. Cioè il livello in cui, secondo Rorty e gli altri, alcuni cattivi filosofi della scienza asseriscono che la scienza scopre come il mondo è davvero, e alcuni cattivi filosofi del diritto dicono che i giuristi e i giudici tentano di scoprire, anche nei casi difficili, cosa è davvero il diritto. Questo è il livello che Rorty intende occupare: egli

vuole dire, ora occupando egli stesso tale livello esterno, che queste affermazioni esterne sono metafisiche, fondazionali, o altre cose brutte. Rifiutare queste errate descrizioni esterne, egli pensa, non cambierà il pensiero o il discorso al livello interno - quello della scienza effettiva e delle prassi giuridiche effettive - se non per liberarlo da ogni tipo di confusione e di oscurità che è filtrata nella prassi a partire da cattive teorie esterne. In questo modo Rorty dice che il trionfo del pragmatismo ha soltanto chiarito il terreno concettuale così che la prassi effettiva può proseguire, liberata da quel tipo di confusione.

La difficoltà in questa difesa, tuttavia, è che il livello esterno che Rorty spera di occupare non esiste. Non c'è alcun livello filosofico esterno in cui l'asserzione «la scienza tenta di descrivere il mondo come è» possa significare qualcosa di diverso da ciò che significa nel mondo interno della scienza, e nessun livello giurisprudenziale esterno in cui «il diritto, propriamente inteso, permette la "affermative action"» possa significare qualcosa di diverso da ciò che significa in tribunale. Il linguaggio può solo ricevere il suo senso dagli eventi sociali, dalle aspettative e dalle forme in cui esso figura, un fatto riassunto nello slogan rozzo ma familiare che la chiave del significato è l'uso. Questo è vero non solo della parte ordinaria e operante del nostro linguaggio, ma di tutto il linguaggio, quello filosofico così come quello banale. Ovviamente possiamo utilizzare parte del nostro linguaggio per discutere del resto. Possiamo dire, per esempio, ciò che ho appena detto: che il significato è connesso all'uso. E sicuramente le parole ordinarie possono acquisire un significato tecnico nelle prassi speciali di una professione particolare: ad esempio gli avvocati usano «considerazione» in un modo molto speciale. Ma non possiamo fuggire dall'intera impresa del discorso verso un piano differente e trascendente dove le parole possono avere significati completamente indipendenti dal significato che ogni prassi, sia essa ordinaria o tecnica, ha dato loro (4).

Così a Rorty non basta richiamarsi semplicemente a un misterioso livello filosofico o esterno. Ha bisogno di collocare le cattive asserzioni filosofiche in un qualche contesto d'uso; deve mostrare che hanno un senso tecnico speciale o un qualche altro senso, così che quando un filosofo del diritto dice

che le proposizioni giuridiche sono vere o false in virtù di ciò che il diritto è davvero, egli non sta meramente dicendo, più in generale, ciò che un comune giurista dice quando "egli" dice che una particolare opinione giudiziaria ha frainteso la legge. Comunque né Rorty né altri pragmatisti ci hanno provato effettivamente, ed è difficile capire come avrebbero potuto riuscirci realmente. Avrebbero dovuto parafrasare in qualche modo le asserzioni filosofiche al fine di far emergere il loro supposto significato speciale, e nel fare ciò avrebbero dovuto far ricorso ad altre parole e idee che hanno anche un uso perfettamente ordinario e chiaro, e allora avrebbero dovuto dirci come "quelle" parole hanno un significato diverso da quello che hanno nell'uso ordinario.

Si supponga che i pragmatisti ci dicano, per esempio, che le cattive teorie filosofiche hanno un significato speciale perché queste teorie affermano che il contenuto del mondo reale, esterno, è indipendente da finalità umane, o indipendente dalla cultura e dalla storia, o roba del genere. La difficoltà è che queste nuove espressioni -sull'indipendenza della realtà dalla finalità - hanno anche significati ordinari, e se noi assegniamo alle affermazioni dei filosofi quel significato ordinario, allora ciò che esse finiscono per dire è esso stesso ordinario. E' perfettamente vero, per esempio, che, usando tutte queste parole nella loro accezione ordinaria, l'altezza del Monte Everest non è relativa a finalità umane, alla storia o alla cultura, sebbene le unità di misura che usiamo per descrivere la sua altezza, e il fatto stesso che abbiamo un qualche interesse alla sua altezza, dipendono certamente da finalità e culture. Quindi un pragmatista dovrebbe fornire significati speciali per espressioni come «indipendente da finalità», significati speciali che ancora una volta tentano di spiegare perché, quando il filosofo dice che la realtà è indipendente da scopi, dice qualcosa di diverso da quello che intendono le persone normali quando lo dicono. E ogni cosa che il pragmatista dicesse allora (ogni nuova parafrasi o traduzione che offrisse) incontrerebbe la stessa difficoltà, e così via. Sarebbe forse di qualche utilità se il pragmatista dicesse che sebbene sia vero, per esempio, che l'altezza di un monte è indipendente dalle nostre finalità, ciò è vero solo dato il modo in cui procediamo, e che il cattivo filosofo lo nega o non lo

capisce? No, perché ancora una volta, dato il modo in cui procediamo (cioè, in quanto asserzione che trae il suo senso e la sua forza dalle prassi che abbiamo di fatto sviluppato) "questa" affermazione è falsa. "Dato" il modo in cui procediamo, l'altezza della montagna non è determinata dal modo in cui procediamo, ma da masse di terra e pietra.

Spero che nessuno penserà, per inciso, che io stia ora sostenendo che il pragmatismo non sia abbastanza scettico, o che esso, in modo un po' paradossale, sia inghiottito nel suo proprio successo scettico. Lo ripeto: le affermazioni filosofiche, "includo" le affermazioni scettiche di vari tipi, sono come ogni altro tipo di proposizione. Vanno comprese prima di poter essere accettate, e possono essere comprese unicamente sullo sfondo di come sono usati i concetti che esse impiegano. Così intese le affermazioni pragmatiste che stiamo discutendo non sono trionfalmente vere, ma soltanto false, in un modo diretto e banale. Dato il modo in cui procediamo, non è vero ma falso che, per esempio, non c'è nessuna realtà da scoprire per gli scienziati, o che il diritto è soltanto una questione di potere, o che non c'è nessuna differenza fra l'interpretazione e l'invenzione. Queste dichiarazioni suonano piene di fascino, radicali e liberatorie; ma solo fino a che ci chiediamo se effettivamente significhino, nell'unico linguaggio che abbiamo, ciò che sembrano dire.

Ho detto, un momento fa, che i nuovi pragmatisti alla Rorty, i loro predecessori e alleati, non hanno fatto alcuno sforzo genuino per rispondere alla questione che ho posto: qual è la differenza di senso tra le affermazioni filosofiche o teoriche che rifiutano e le affermazioni parallele di carattere ordinario che accettano? Come è possibile? Come possono illudersi di aver confutato posizioni che non hanno neanche definito? Mai sottostimare il potere della metafora e gli altri strumenti per ingannare se stessi.

I pragmatisti usano virgolette terroristiche e corsivi a iosa: dicono che i cattivi filosofi non solo pensano che le cose esistano davvero, ma che esistono «davvero» o "davvero", come se le virgolette o il corsivo cambiassero il senso di ciò che viene detto. La metafora è comunque la loro artiglieria pesante. Dicono che i cattivi filosofi pensano che la realtà, il significato o il diritto siano «là fuori»; o che il mondo, i testi o i

fatti «si estendano» a «dettare» le proprie interpretazioni; o che il diritto sia «un'onnipresenza incombente nel cielo». Queste metafore vogliono suggerire, per così dire, che i cattivi filosofi stanno affermando un tipo di realtà nuova, differente, metafisicamente speciale, una realtà oltre l'ordinario, un livello di discorso nuovo, soprannaturale, filosofico. Ma sono soltanto i pragmatisti a parlare di fatto in quel modo. Essi hanno inventato il loro nemico, o piuttosto, hanno cercato di inventarlo. Infatti se il pragmatista spiegasse le sue accese metafore, dovrebbe ricorrere al linguaggio banale della vita ordinaria, e allora, dopo tutto, non avrebbe distinto i cattivi filosofi dai comuni giuristi, scienziati o persone che hanno delle convinzioni. Se dire che il diritto è «là fuori» significa che c'è una differenza, per esempio, fra ciò che il diritto è e ciò che vorremmo che fosse, allora la maggior parte dei giuristi pensano che il diritto è là fuori, e il pragmatista non ha alcuna prospettiva dalla quale può sensatamente dire che non lo è.

- "Il guazzabuglio della risposta giusta".

La mia tesi sulle risposte giuste in casi difficili, è, come ho detto, un'affermazione giuridica molto debole e dettata dal buon senso. Inoltre viene fatta all'interno della prassi giuridica piuttosto che a un qualche livello presumibilmente lontano, esterno, filosofico. Mi chiedo se, nel senso ordinario in cui i giuristi lo possono affermare, sia mai fondato, corretto o accurato dire, in relazione a qualche caso difficile, che il diritto propriamente interpretato è a favore del querelante (o di colui che si difende). Rispondo in senso affermativo: alcune asserzioni di questo tipo sono fondate, corrette o accurate riguardo ad alcuni casi difficili (5). (A dire il vero, dico che in casi difficili una qualche asserzione di questo tipo è fondata in maniera caratteristica o generale. Ma possiamo ignorare tale asserzione più ambiziosa in questa discussione sul "tipo" di affermazione che sto facendo.)

Il modo più naturale di sostenere questa tesi giuridica è perciò tentare di mostrare qual è la risposta giusta in qualche caso particolarmente difficile. E ovviamente lo posso fare

soltanto avanzando un'argomentazione giuridica ordinaria. In realtà ho proposto molti argomenti di questo tipo riguardo casi molto difficili: ho sostenuto per esempio che una corretta interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti richiederebbe alla Corte Suprema di opporsi alla Corte Suprema del Missouri nel caso "Cruzan" (6). Quattro membri della Corte sono stati d'accordo con tale conclusione, ma altri cinque no: per loro i migliori argomenti disponibili richiedevano la risposta contraria, cioè che fosse loro richiesto di sostenere la Corte del Missouri. Ho appena citato dieci giuristi molto diversi tra loro, i quali hanno tutti pensato (o almeno detto) che c'era una risposta giusta nel caso "Cruzan", come questione di valutazione giuridica ordinaria. E ovviamente molte migliaia di altri giuristi hanno pensato la stessa cosa. Ora tocca a voi. Avete trovato voi stessi qualche argomentazione giuridica ordinaria che nel complesso risulti la migliore, in un tipo di caso difficile? Allora anche voi avete rifiutato la tesi nessuna-risposta-giusta che ho assunto come bersaglio della mia affermazione.

I teorici del diritto, comunque, hanno un impulso apparentemente irresistibile a ribadire che la tesi una-sola-risposta-giusta deve significare qualcosa di più di ciò che è racchiuso nell'opinione ordinaria secondo cui una parte ha avuto l'argomentazione migliore nel caso "Cruzan". Pensano che io debba star dicendo non solo che ci sono risposte giuste in qualche modo ordinario, come potrebbe dire un giurista disinvoltato, ma che ci sono risposte "davvero" giuste, o risposte giuste "davvero reali", o risposte giuste "là fuori", o qualcos'altro in un crescendo di espressioni verbali. Il loro errore è lo stesso che commette Rorty: ritenere di poter incrementare o cambiare il senso della posizione che vogliono attaccare inserendovi ridondanze o metafore di questo tipo. "Non" c'è "alcuna" prospettiva da cui queste affermazioni inflazionate e infiorettate possano avere un senso diverso dal loro senso non inflazionato e non infiorettato, cioè quello che hanno nella vita giuridica ordinaria. Così non c'è niente in ciò che ho detto che essi debbano negare, ad eccezione di ciò che la maggior parte di loro riterrebbe irragionevole negare.

Se, perciò, la tesi scettica nessuna-risposta-giusta ha dopo tutto una qualche rilevanza pratica, deve essere trattata per se

stessa, non come una affermazione metafisica ma giuridica. Essa sostiene che, contrariamente all'opinione comune dei giuristi, è un errore giuridico pensare che ci siano risposte giuste in casi difficili. Così intesa essa regge o cade in virtù di un'argomentazione giuridica. La filosofia e la morale sono certamente pertinenti, e in molti modi, riguardo a tale argomentazione. I positivisti giuridici, per esempio, hanno sostenuto che la tesi una-sola-risposta-giusta deve essere sbagliata, nel diritto, per una questione di logica o di semantica. (Ho tentato di rispondere ai loro argomenti in un precedente articolo.) (7) I membri del movimento dei "Critical Legal Studies" fanno notare ciò che considerano contraddizioni pervasive interne alla dottrina giuridica, le quali, se esistono, escluderebbero risposte giuste. (Ho comunque tentato di mostrare che questa osservazione confonde la contraddizione con la competizione.) (8) Gli scettici morali, incluso John Mackie, difendono un tipo di scetticismo morale interno, che, se fondato, metterebbe in discussione anche la possibilità di risposte giuste (9). Senza dubbio altre argomentazioni con appiglio giuridico possono essere e saranno messe in campo a favore dello scetticismo interno. Ma si tratta di argomentazioni giuridiche; se hanno successo esigeranno una riforma, e se hanno successo potranno essere svolte senza il sostegno di metafore inspiegabili. Non sono come l'obiezione del pragmatista, che non può essere fatta se non parafrasando in termini metaforici ciò che dico, tentando così di dirottarmi verso un mitico livello filosofico frequentato dagli scettici esterni, avvolto con un bisogno disperato di preda.

- "Fish e la sottigliezza della prassi".

Il professor Fish mi ha messo in croce (come forse direbbe lui stesso) molto a lungo. Ha scritto non meno di tre articoli molto critici sul mio lavoro (10), che mi accusano, fra gli altri difetti, di «evasività» e di «spettacolare confusione»; ha rifiutato la pubblicazione di una replica che mi era stata chiesta a uno di questi; ha terminato la sua entusiastica recensione del libro del giudice Posner con la citazione

gratuita di una sua critica «un po' scortese» rivoltami in una conversazione casuale (11). Non ho alcun desiderio di provocare ulteriormente un oppositore così energico. Ma i suoi numerosi articoli sull'interpretazione, inclusi quelli scritti contro di me, illustrano così bene quelle caratteristiche del pragmatismo che stavo discutendo che sarebbe vile da parte mia non richiamare l'attenzione su di essi.

Dicevo che i pragmatisti inventano i loro oppositori attraverso bizzarre trasformazioni metaforiche di asserzioni ordinarie, e difendono poi tale mossa ribadendo che questi presunti oppositori non stanno parlando normalmente, ma stanno tentando di occupare un livello di discorso speciale ed esterno che il pragmatista non è effettivamente in grado di descrivere pur ribadendone l'esistenza. L'"oeuvre" di Fish conferma questa diagnosi, ma egli vi aggiunge una sfumatura nuova e importante. Ci deve essere un secondo livello, esterno all'interpretazione, egli dice, perché non si può dire niente di un certo rilievo su di essa dall'interno di una prassi intellettuale. Le affermazioni "a priori" sono sempre disdicevoli per un sedicente antiteorico; ma questo è un errore particolarmente grave, perché tutti quelli che sono ciechi al carattere criticamente argomentativo e riflessivo delle pratiche intellettuali non capiranno quasi niente altro su di esse.

Questa paura si è concretizzata nella descrizione da parte di Fish di ciò che per lui è il nemico principale del pragmatismo: il fondazionalismo. «Con fondazionalismo intendo ogni tentativo di fondare la ricerca e la comunicazione su qualcosa di più fermo e stabile della mera credenza o della mera prassi incontrollata» (12). Si noti il contrasto: mera prassi incontrollata - fare ciò che viene naturale - da una parte e «qualcosa di più fermo e stabile» dall'altra.

Il contrasto si auto-distrukge allo stesso modo delle dichiarazioni simili di Rorty, perché è parte - una parte indispensabile - di una mera prassi incontrollata pensare che un po' di ricerca e un po' di comunicazione siano in realtà fondate su qualcosa di più sostanziale della mera credenza: sui fatti, ad esempio. Fish nasconde questo punto fornendo subito la ben nota lista delle cattive idee che deve presumibilmente assumere chi creda in «qualcosa di più sostanziale». I soliti sospetti sono tutti lì: «fondamento [...] invariante attraverso

contesti e persino attraverso culture»; un «mondo di fatti bruti»; un «insieme di valori eterni»; «il sé libero e indipendente»; un metodo di ricerca che «"produrrà", interamente da solo, il risultato corretto» (corsivo nell'originale). Ma il fatto che nessuna di queste assurdità sia parte della nostra prassi ordinaria non significa che non lo sia la distinzione fra la mera credenza e qualcosa di più sostanziale; significa piuttosto che Fish non coglie, o meglio che sta cercando di dimenticare, che la distinzione sorge davvero come una questione di «come procediamo».

Il suo primo intervento sul mio lavoro ha sfruttato la strategia della metafora che adesso ci è familiare. Diceva ai suoi lettori che nella mia concezione i significati sono «proprio lì» o «auto-interpretantisi» o «già a posto» o «appena dati» nel testo, che le opere letterarie «annunciano la loro propria appartenenza» alla forma e al genere, e che i romanzi hanno un «nucleo non interpretato» che ne guida l'interpretazione. Concludeva, comunque, riportando scrupolosamente il fatto curioso che io stesso mi ero preso cura di negare tutto ciò che si potrebbe pensare suggerissero queste metafore; anzi, che mi si potrebbe ritenere colui che ha anticipato tutto ciò che aveva detto lui stesso. Ma ha sostenuto che i miei ripudi, lungi dal mostrare che le sue terribili metafore fossero fuori luogo, rivelavano soltanto confusione. Chi dice che c'è una differenza fra interpretare un testo e inventarne uno nuovo, diceva Fish, "deve" presupporre un'immagine del significato come «proprio lì» o come «nucleo non interpretato», "qualsiasi cosa" in seguito egli dica di fare o di presupporre o pensi.

Nel suo saggio successivo l'espedito del doppio livello è divenuto esplicito. La mia evasività e confusione spettacolare, diceva, consistevano nel passare da un livello di discorso all'altro senza avvisarne i lettori. Il primo è il livello interno di pratiche come l'interpretare o il giudicare, il livello a cui gli studiosi comuni e i giudici hanno appunto credenze e prendono decisioni. Il secondo è il livello esterno, più «generale e astratto», in cui potremmo tentare di «caratterizzare l'attività giudiziaria in un modo decisivo e illuminante», o fare su di essa affermazioni «prescrittive o normative». Egli ha applicato questa distinzione alla mia affermazione che c'è una differenza fra l'attenersi dei giudici al

precedente o l'ignorarlo, una distinzione che prima aveva negato categoricamente.

"Così mentre c'è, a livello della prassi, una distinzione fra il continuare la storia giuridica e lo svoltare in una nuova direzione, essa è una distinzione fra metodi di giustificare argomentazioni e non fra azioni la cui differenza è palese a prescindere da qualsiasi argomentazione. La differenza, insomma, è interpretativa, e proprio perché tale non può essere usata per risolvere alcunché, dato che è essa stessa ciò che viene continuamente risolto. Dworkin è così in un perfetto stallo: può attenersi alla forma [...] originale della sua distinzione [che Fish, si ricordi, ha assunto per intendere testi in conflitto, nonostante le mie rimostranze], nel qual caso egli non riesce a distinguere "in modo significativo" (in un modo che possa essere consultato o usato) fra l'attività giudiziaria e qualunque altra cosa; oppure può invocarla come una distinzione nella [...] prassi, nel qual caso essa non ha alcuna forza prescrittiva o normativa perché è una distinzione fra modi contestabili di auto-descrizione o d'accusa"(13).

Dovremmo esaminare nei particolari questo passo notevole. La negazione di esordio, secondo cui la distinzione fra interpretare e inventare non sia «palese a prescindere da qualsiasi argomentazione», è la falsa pista usuale, altra roba del genere «proprio lì». Nessuno ha mai pensato che la distinzione fosse palese a prescindere da qualsiasi argomentazione, qualunque cosa ciò possa significare. Le asserzioni correlate (che la distinzione fra seguire o ignorare un precedente implichi essa stessa una tesi interpretativa, che l'accusare un giudice di avere ignorato un precedente sia una accusa «contestabile», che la distinzione non risolva niente, e venga sempre risolta essa stessa) significano soltanto, suppongo, che i giuristi sono spesso in disaccordo se considerare una particolare forma di argomentazione come interpretare oppure come inventare, e che su tali questioni le opinioni tanto dei giuristi quanto dei filosofi del diritto cambiano costantemente. Nessuno ha mai negato neanche tale aspetto (14). Ma fin qui niente nell'argomentazione è pertinente al problema che Fish intende affrontare: almeno se

la distinzione fra interpretare e inventare può essere usata in un modo illuminante e critico entro la prassi interpretativa, dando alla distinzione cioè solo il senso che ora Fish ammette che essa abbia entro tale prassi. E' sensato dire, usando la distinzione ordinaria, che un giudice non sta interpretando un precedente ma si sta facendo strada da sé? E ciò può valere come critica di quel giudice?

Ovviamente sì. Se la distinzione ordinaria non può essere usata in quella maniera descrittiva e critica, allora come può essere usata? Ovviamente caratterizziamo la prassi giudiziaria in modo «illuminante» quando diciamo (se è vero) che i giudici accettano la responsabilità di interpretare un precedente invece di ignorarlo. E, ovviamente, è una affermazione normativa importante dire che dovrebbero farlo, sia che accettino sia che non accettino tale responsabilità. Come può indebolire la forza o la cogenza di queste affermazioni, il fatto che sono esse stesse, come ovviamente sono, interpretative? O che sono intrinsecamente controverse e spesso improbabili da «risolvere», nel senso di imporre un consenso? Perché l'interpretare una prassi non può essere parte di una prassi interpretativa? (15) La tesi di Fish del doppio livello sembra un esempio tipico della diagnosi di Wittgenstein dell'incantamento filosofico: teorici che si interrogano fuori dal senso comune con un qualche impegno "a priori" nascosto. L'assunto fondamentale di Fish, che una prassi interpretativa non può essere autoconsapevole e riflessiva, un assunto presupposto in ognuna delle sue innumerevoli accuse al mio muovermi confusamente da un livello all'altro, è indifendibile, controintuitivo, pervasivo e disastroso.

La forza dell'assunto è regolarmente sottostimata: fa in modo che la prassi interpretativa sembri irriflessiva e automatica (16). Genera gravi incomprensioni di entrambe le attività che separa erroneamente. Abbandona la teoria interpretativa al metalivello esterno di nemici inventati e lascia l'effettiva prassi interpretativa monotona e passiva, privata del tono riflessivo, introspettivo, argomentativo, che è, di fatto, essenziale al suo carattere. Entrambe le conseguenze sono evidenti nel terzo intervento di Fish sul mio lavoro. Egli ha ripetuto in primo luogo che lo scontro fra di noi deve essere inteso, qualsiasi cosa io dica, come avente luogo su un piano

logico esterno completamente indipendente dalla prassi interpretativa. Io cerco, a suo dire, di occupare un punto archimedeo al di fuori di tutte le prassi; il mio «diritto come integrità» è solo una «controfigura della tesi generale che la filosofia sia un modello di riflessione che esiste a un livello superiore alla mera prassi, e rivelatore della prassi stessa». Il suo preannunciato nuovo argomento a favore di questa descrizione era che "L'impero del diritto" tenta di dare ai giuristi un consiglio di cui essi non hanno bisogno, perché forse ad ogni modo non potrebbero agire diversamente. L'argomento è difettoso persino nella sua stessa formulazione (17). Ma non funzionerebbe, per gli scopi di Fish, anche se funzionasse per com'è formulato. Persino se le mie affermazioni sulla sentenza fossero tutte oziose e non necessarie, non ne deriverebbe che sono ad ogni modo archimedee o esterne: la banalità è fin troppo interna e materiale. Fish deve mostrare (ogni pragmatista, come ho già detto, lo deve fare) di essere in grado di attribuire agli enunciati che trova offensivi un senso abbastanza diverso da quello che hanno entro la prassi interpretativa ordinaria, per giustificare la sua affermazione che sono dispiegati a un livello di discorso differente, strano e disimpegnato. Non mi risulta che ci abbia nemmeno provato.

Il secondo assunto di Fish, riguardo il carattere passivo e irriflessivo delle prassi interpretative, domina la sua denuncia che non mi accontento di riportare ciò che i giudici pensano «entro» una prassi, ma che insisto sul fatto che dovrebbero anche pensare «con» una prassi: "Pensare "entro" una prassi equivale ad avere «naturalmente» - senza un'ulteriore riflessione - la stessa percezione e lo stesso senso dell'azione possibile e appropriata dall'interno della propria posizione di un agente immerso in essa [...]. Pensare "con" una prassi - controllando in modo autoconsapevole qualche modello estrapolato del suo funzionamento - equivale a stare sempre a calcolare quali siano i propri obblighi, quali procedure siano «davvero» legittime, quale prova sia di fatto tale, e così via. Equivale a essere un teorico" (18).

Ma, come sa qualsiasi giurista, non c'è nessuna differenza, nel caso del diritto, fra pensare entro e con la prassi: sono la

stessa cosa. Un buon giudice vedrà «naturalmente» e «senza ulteriore riflessione» che è parte del suo lavoro essere presente a se stesso e autocritico, chiedersi quali sono davvero i suoi «obblighi», quale «prova sia davvero tale», e così via. Egli vedrà naturalmente che deve essere, nei termini di Fish, anche un teorico in quanto, e in virtù del fatto che, occupa il suo ruolo come partecipante. Ciò non significa (farei meglio a dire) che i giuristi o i giudici costruiscano da zero teorie della loro attività ogni volta che parlano. Significa piuttosto ciò che ho detto nel discutere le concezioni di Grey sulla teoria «preponderante»: che essi riconoscono il carattere argomentativo persino delle concezioni che sostengono in maniera irriflessiva; e comprendono che anch'esse sono, in linea di principio, vulnerabili rispetto a una sfida teorica a cui hanno la responsabilità di rispondere, se e quando essa si presenti, nella maniera ragionevolmente migliore possibile. Qui e altrove Fish sottostima eccessivamente la complessità della struttura interna delle prassi in cui le persone possono rientrare abbastanza naturalmente; non vede che, in alcune professioni, la teoria stessa è una seconda natura. Alcune cose che facciamo hanno un carattere più argomentativo che fare un lancio di palla difficile: Denny Martinez non ha mai annotato un'opinione. Ma perfino nel baseball la teoria ha a che fare con la prassi più di quanto Fish riconosca. L'ultimo giocatore che ha fatto 400 punti, cinquanta anni fa, è stato il più grande battitore dei tempi moderni, e costruiva una teoria prima di ogni lancio (19).

2. A LODE DELLA TEORIA.

Intendo affrontare il ruolo della teoria nel ragionamento e nella prassi giuridiche. E poiché fare degli esempi è meglio di niente, inizierò con qualche esempio. Si supponga che una donna abbia preso delle pillole che si sono rivelate avere effetti collaterali molto dannosi. Sono state prodotte da molte aziende diverse e la signora non ha idea di chi abbia fabbricato le pillole che ha acquistato e preso nel corso degli anni, e perciò nemmeno di quali pillole le abbiano arrecato danni. Può fare causa a un produttore qualunque del farmaco, o anche a tutti insieme? Oppure ribadiamo che nessuno ha colpa per un danno che non ha provocato? Alcuni, inclusa la Corte Suprema della California, hanno detto che i produttori del farmaco sono responsabili congiuntamente e separatamente (1). Altri ribadiscono che nessuno di loro è responsabile, e che il danno subito dalla donna è, purtroppo, una ferita del diritto non sanabile. Si supponga (per fare un esempio differente) che la gente bruci le bandiere americane come forma di protesta politica: qui sorge la questione se il governo possa considerarlo un reato ai sensi del Primo Emendamento. Ancora una volta, come si sa, i giuristi e tutti gli altri hanno adottato punti di vista diversi. La Corte Suprema ha risposto negativamente, ma molti giuristi continuano a pensare che abbia commesso un errore di diritto costituzionale. Ci sono migliaia di altri esempi di profonde controversie su ciò che è il diritto. La Corte Suprema sta per discutere una causa in appello del "Ninth Circuit" nella quale è sollevata una questione ancora più scoraggiante: se la Costituzione garantisca, almeno in linea di principio, diritti al suicidio assistito (2). I giudici, i giuristi e la gente comune rispondono a tale questione in modi nettamente differenti.

Adesso posso enunciare la questione principale. Che tipo di asserzione è, ad esempio, l'asserzione che per il diritto i

produttori di farmaci sono responsabili congiuntamente e separatamente? O che il Primo Emendamento protegge il bruciare le bandiere? O che il Quattordicesimo Emendamento garantisce un diritto al suicidio assistito? Queste non sono semplici asserzioni storiche, né meri resoconti descrittivi di eventi che hanno avuto luogo nel passato. E non sono semplici previsioni: chi dice che la Costituzione protegge il suicidio assistito può prevedere (come me) che la Corte Suprema deciderà altrimenti. Dunque, che cosa nel mondo rende vera o falsa un'affermazione su cosa è il diritto in relazione a qualche questione? Ecco quello che ritengo un altro modo di porre quasi la stessa questione. Qual è un modo appropriato di ragionare o argomentare sulla verità di affermazioni del diritto? Si possono distinguere due risposte molto generali a tale questione. Definirò la prima come l'approccio «compenetrato di teoria» ["theory embedded"] (o solo «compenetrato»). Ragionare giuridicamente significa mettere in relazione problemi giuridici discreti e specifici, come quelli che ho descritto, con una vasta rete di principi di derivazione giuridica o di morale politica. In pratica, non potete pensare alla risposta corretta ai problemi del diritto senza aver riflettuto attentamente, o esser pronti a riflettere attentamente, su un grande sistema teorico generale di principi complessi, come ad esempio quello riguardo alla natura della legislazione sulla colpa civile ["tort law"], o al carattere della libertà di parola in una democrazia, o alla migliore interpretazione del diritto alla libertà di coscienza o di decisione etica personale.

La seconda risposta - la chiamerò l'approccio pratico, in opposizione a quello teorico - potrebbe essere enunciata in questo modo. Tutto ciò che ho detto su teorie ampie, generali, globali, è fuori luogo. Una decisione giudiziaria è una occasione politica, e i giudici, i giuristi e chiunque altro rifletta sul diritto dovrebbe dirigere la propria attenzione al problema pratico immediato posto da ogni occasione politica. L'unica questione dovrebbe essere: come possiamo migliorare le cose? Avete bisogno di avere molta conoscenza sulle conseguenze di decisioni differenti (e forse anche su di un po' di economia per misurare queste conseguenze) al fine di rispondere utilmente a tale questione pratica. Ma non avete bisogno di volumi di filosofia politica.

Oso dire che, per come ho descritto questi due approcci, avete immediatamente compreso quale sia il vostro. L'approccio pratico sembra così coi piedi in terra, così sensato, così americano. L'approccio compenetrato, al contrario, sembra astratto, metafisico, e del tutto fuori luogo quando c'è da fare un lavoro concreto. Come avrete ormai capito, tenterò di sostenere esattamente il contrario. Sosterrò che l'approccio compenetrato (che ho descritto come fanno i suoi nemici, ma che ridescriverò in un modo più dettagliato fra un momento) è non solo attraente ma anche inevitabile. L'alternativa pratica, per me, soffre di un difetto essenziale: è del tutto impraticabile.

Inizierò cercando di descrivere in modo un po' più preciso la concezione «compenetrata» del ragionamento giuridico. Nel corso di questa esposizione dirò qualcosa su Ercole e su altri Titani. In seguito passerò a considerare due recenti attacchi alla concezione che è compenetrata di teoria intesa in tal modo. Il primo è fornito dal giudice della Corte Richard Posner (3) (quel giudice pigro che scrive un libro prima di colazione, giudica numerose cause prima di mezzogiorno, insegna tutto il pomeriggio alla Chicago Law School, e si dedica alla chirurgia cerebrale dopo cena). Il secondo proviene da un suo collega quasi altrettanto prolifico, Cass Sunstein, anch'egli docente alla Chicago Law School (4). Questi studiosi insieme costituiscono la Scuola di Chicago di "jurisprudence" antiteorica, non-insensata. Entrambi criticano la concezione compenetrata del ragionamento giuridico e sostengono quella pratica, ed entrambi descrivono la mia trattazione della prima come un paradigma degli errori che sperano di correggere. Userò perciò il loro lavoro per mettere alla prova il mio argomento che non abbiamo veramente alcuna scelta fra la cosiddetta concezione teoreticamente generale e deprecabilmente astratta che denunciano e la concezione pratica che reclamizzano.

- "La concezione compenetrata".

Ho fatto una domanda poco fa. Che tipo di asserzione è quella secondo la quale i produttori di farmaci sono (o non

sono) responsabili congiuntamente e separatamente per un danno che alcuni di loro non hanno provocato? Faremmo meglio, suggerisco, a considerarla un'affermazione interpretativa: asserisce che i principi sono così compenetrati nella nostra prassi giuridica che, applicandoli al caso in questione, autorizzano (o no) il querelante a procedere contro tutti i produttori di farmaci come un gruppo unico. La frase «principi compenetrati nella prassi» è ovviamente una metafora, e sebbene le metafore abbiano la loro attrattiva, nella "jurisprudence" troppo spesso sono state piuttosto sostituiti che sproni del pensiero, ed è meglio sbarazzarsene appena possibile dopo la loro comparsa. La mia metafora intende suggerire che giustifichiamo affermazioni giuridiche mostrando che i principi a loro sostegno offrono anche la migliore giustificazione della prassi giuridica più generale nell'area dottrinale in cui sorge il caso. Ovviamente i giuristi saranno in disaccordo su quale insieme di principi fornisca la giustificazione migliore per l'aspetto generale di qualsiasi parte del diritto si voglia prendere in considerazione. Qualcuno potrebbe offrirsi di fornire la giustificazione migliore per il diritto sul danno non intenzionale: il principio che le persone sono responsabili per il danno provocato dalla loro negligenza, anche se in maniera non intenzionale, ma non per ogni danno non provocato da loro. Se presupponiamo che questo principio fornisca la giustificazione migliore, allora i produttori di farmaci vinceranno la causa e la querelante la perderà, perché non può provare che qualcuno di loro le ha arrecato un danno. Ma altri giuristi sosterrrebbero che il diritto sulla colpa civile in quest'area sia giustificato meglio da un principio alquanto diverso: quello secondo il quale quando si verifica una disgrazia come conseguenza quasi inevitabile di un'attività commerciale apprezzabile, come la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione farmaceutica, allora il danno non dovrebbe ricadere soltanto su vittime particolarmente sfortunate, ma dovrebbe essere distribuito fra l'insieme di quelli che traggono profitto dall'attività. Questo principio farebbe presumibilmente presentare delle argomentazioni a favore del risultato opposto. Ovviamente si potrebbero formulare altri principi pertinenti, alcuni di loro più convincenti e molto più complessi, ma questi due sono

sufficienti per il nostro esempio.

Possiamo anche congegnare, per fare un altro esempio, due principi rivali relativi al bruciare la bandiera americana. Il primo sostiene che la protezione speciale che la nostra prassi dà alla libertà di parola è giustificata dall'importanza di questa libertà come strumento per il funzionamento della nostra democrazia. Il secondo sostiene che la prassi della libertà di parola è giustificata meglio dal principio alquanto differente, che è parte della cittadinanza equa (e perciò un principio costitutivo della democrazia, anziché strumentale a essa), secondo il quale a nessuno può essere negata l'espressione di una convinzione, di un'opinione, o di una preferenza, semplicemente perché è offensiva. Il primo di questi principi, credo, sosterebbe meglio una decisione contro il diritto di bruciare la bandiera, mentre l'altro sarebbe più adatto alla decisione opposta.

Così, un'affermazione del diritto (che la vittima del farmaco vinca o perda la causa, o che bruciare la bandiera possa o non possa essere proibito a livello costituzionale) è equivalente all'affermazione che uno dei due principi fornisce una giustificazione migliore di una certa parte della prassi giuridica. Migliore in che modo? Migliore in senso interpretativo: migliore, cioè, perché si adatta meglio alla prassi giuridica e la mette in una luce migliore (5). In questo caso, ogni argomento giuridico è vulnerabile a ciò che potremmo chiamare ascesa della giustificazione ["justificatory ascent"]. Quando solleviamo un po' lo sguardo dai casi particolari che al momento sembrano maggiormente pertinenti, per fissarlo sulle aree del diritto vicine, o magari lo alziamo di più per guardare in generale al più generico "accident law", al più generico diritto costituzionale, o ai nostri presupposti sulla più generica competenza o responsabilità giudiziaria, possiamo trovare una seria minaccia alla nostra tesi che il principio che stavamo per accettare ci consenta di vedere le nostre prassi giuridiche nella luce migliore. Infatti è possibile scoprire che quel principio non è coerente con qualche altro principio su cui ci dobbiamo basare per giustificare un'altra parte del diritto, più ampia, o che vi si combina male in un qualche altro modo. Ad esempio, potremmo essere preparati ad accettare che le persone o le

istituzioni possano essere tenute al risarcimento in una colpa civile senza mostrare che i loro atti abbiano causato il danno che si richiede di contribuire a indennizzare. Ma qualcuno potrebbe allora ventilarci la possibilità che quel principio sia stato scartato da qualche altra parte (ad esempio, che sia stato scartato implicitamente in quei casi che negano la responsabilità in base al fatto che l'azione di colui che si difende sia stata troppo remota nella catena di cause che ha portato al danno subito dal querelante). O potremmo arrivare a considerare questa possibilità nel nostro caso. Ovviamente potremmo assolutamente essere in grado di evitare la minaccia mostrando come queste ultime decisioni si possano, dopo tutto, riconciliare col principio che ciò che sosteniamo si applica alla responsabilità di impresa. Ma non possiamo semplicemente ignorare la minaccia, perché il carattere dell'argomento interpretativo che stiamo proponendo (che dobbiamo proporre per sostenere un'affermazione giuridica) la rende rilevante. Non possiamo semplicemente ignorare l'affermazione che la nostra presunta giustificazione mostrerebbe di fatto che la nostra prassi giuridica è senza principi, perché si richiama a un principio particolare nel giustificare la coercizione contro alcuni cittadini e rifiuta lo stesso principio nel negare il risarcimento ad altre persone. Se questa affermazione è giustificata, la decisione che si è proposta sarebbe discutibile, non solamente per una questione di eleganza teorica, ma anche per una questione di come una comunità impegnata in direzione della cittadinanza equa dovrebbe governare se stessa.

- "Ercole e Minerva".

Ovviamente, richiamando l'attenzione sulla costante minaccia dell'ascesa della giustificazione, non voglio dire che la minaccia si materializzerà sempre o anche soltanto frequentemente. Il più delle volte non lo farà, almeno non in modo serio e tale da farci perdere tempo, e possiamo procedere con fiducia sulle orme di quella che si può chiamare una priorità fortemente locale (in realtà, senza stare a guardare i nostri argomenti interpretativi più dei codici o dei casi che

hanno direttamente a che fare con la questione in discussione) (6).

Tuttavia l'ascesa della giustificazione è sempre, per così dire, una possibilità: non possiamo escluderla "a priori" perché non sappiamo mai quando un'affermazione giuridica che sembra banale e indiscutibile può improvvisamente essere messa in discussione da un attacco nuovo e potenzialmente rivoluzionario da un livello più alto. Ho tentato di cogliere questa vulnerabilità di principio nella mia immagine dell'eroico giudice Ercole, che, date le sue capacità, potrebbe procedere pure nella direzione opposta a quella che ho appena descritto. Potrebbe pensare non dall'interno all'esterno, da problemi più specifici a problemi più ampi e più astratti, come fanno altri giuristi, ma al contrario, dall'esterno all'interno. Prima di porsi di fronte al suo primo caso, potrebbe costruire una gigantesca teoria «globale», buona per tutte le stagioni. Potrebbe decidere tutti gli eccezionali problemi della metafisica, dell'epistemologia, dell'etica e anche della morale, compresa quella politica. Potrebbe decidere cosa c'è nell'universo, e perché egli sia giustificato a pensarlo; cosa richiedono giustizia ed equità; cosa significhi la libertà di parola, intesa nel modo migliore, e se e perché sia una libertà che valga particolarmente la pena di tutelare; e quando e perché sia giusto chiedere a persone la cui attività sia collegata ai danni subiti da altre persone di compensare tali danni. Potrebbe comporre tutto ciò e ogni altra cosa in un meraviglioso sistema architettonico. Quando sorge un nuovo caso, sarebbe preparato benissimo. Dall'esterno (iniziando, forse, negli spazi intergalattici della sua meravigliosa creazione intellettuale) egli potrebbe lavorare assiduamente sul problema in questione: trovando la migliore giustificazione disponibile per il diritto in generale, per la prassi giuridica e costituzionale americana come genere di diritto, per l'interpretazione costituzionale, per la colpa civile, e poi, alla fine, per la povera donna che ha preso troppe pillole e per l'uomo inferocito che ha bruciato la sua bandiera.

La gente comune, i giuristi e i giudici possono fare ben poco di tutto ciò. Noi ragioniamo dall'interno verso l'esterno: iniziamo da singoli problemi impostici dal lavoro, dalla responsabilità o dal caso, e l'estensione della nostra ricerca è

fortemente limitata, non soltanto dal tempo che abbiamo a disposizione, ma anche dagli stessi argomenti che ci capita effettivamente di incontrare o di immaginare. Un giudice che ragiona dall'interno verso l'esterno avrà raramente sia il tempo sia il bisogno di intraprendere ricerche o argomentazioni lunghe e laboriose. Ma qualche volta lo farà. Benjamin Cardozo lo ha sentito necessario nel dibattito "MacPherson v. Buick Motor Co." (7), e ha cambiato il carattere del nostro diritto. Tutti noi siamo in grado di immaginare altre decisioni in cui i giudici si sono trovati attratti in alto verso un'ascesa della giustificazione che non potevano prevedere quando hanno iniziato a pensare al caso in questione. Questa ascesa può essere rara. Ma il punto assolutamente cruciale è che non c'è alcun test "a priori" o complessivo per decidere quando sarà richiesta. Un giurista o un giudice deve riflettere bene su una certa questione prima di sapere se sarà attratto da, o condotto in, un'argomentazione più teorica di quanto avesse pensato o sperato in precedenza.

Non c'è alcuna incoerenza in queste due immagini: di Ercole che pensa dall'esterno all'interno e del giurista mortale che ragiona dall'interno all'esterno. Sottolineo la compatibilità fra le due descrizioni perché molti dei critici di un approccio compenetrato al diritto ritengono importante dire che i giudici veri non sono Ercole. Le analogie sono spesso pericolose - quasi quanto le metafore - e spero di tenere legata a un guinzaglio molto corto quella che sto per proporre. Tuttavia un'analogia con la scienza può aiutare a mostrare come una concezione di un dominio intellettuale che va dall'esterno verso l'interno possa essere utile anche a coloro che, sempre dentro a quel dominio, pensano dall'interno verso l'esterno. Pensiamo (o almeno speriamo) che il corpo di conoscenze che chiamiamo, sommariamente, scienza somigli molto a una rete senza cuciture. Eppure ci sono delle cuciture, di cui scienziati e filosofi sono preoccupati. Ma non abbiamo problemi con l'ambizione che la nostra fisica debba essere almeno coerente con la nostra chimica, con la nostra cosmologia, con la nostra microbiologia, con la nostra metallurgia e con la nostra ingegneria. Speriamo, anzi, in qualcosa di più, che crediamo di avere in parte realizzato: non soltanto che ognuno di questi corpi di conoscenze convenzionalmente distinti sia coerente

con gli altri, ma anche che possano essere gerarchicamente ordinati in maniera che la fisica, forse, sia presa come il più astratto, e gli altri possano essere visti come ricavati da essa come sezioni di pensiero via via più concrete. Potremmo illustrare queste ambizioni teoriche e strutturali immaginando, nello stile di Ercole, una dea Minerva che impiega i secoli necessari a padroneggiare la biografia dello spazio e del tempo e le forze fondamentali della teoria delle particelle prima di cominciare a costruire un singolo ponte. Allora, quando qualcuno le chiedesse se un particolare metallo regge un certo peso, sarebbe in grado di dedurre la risposta dalla sua teoria meravigliosa e completa. Comprendiamo questa immagine perché coglie il modo di pensare al corpo della nostra scienza.

Ma sicuramente nessuno scienziato potrebbe mai iniziare a seguire l'esempio di Minerva. Un ingegnere che costruisce un nuovo tipo di ponte lavora dall'interno all'esterno. Non sa quali problemi scoprirà fino a che non li scopre, e non è in grado di dire, almeno fino a quel momento, se i problemi che inevitabilmente scoprirà gli richiederanno di ripensare alcuni principi della metallurgia; oppure se, in tal caso, la sua escursione nella metallurgia richiederà a lui (o a qualcun altro) di ripensare la fisica delle particelle. La storia di Minerva (se si coglie la possibilità della vita di quella dea) è un modo di apprezzare i presupposti basilari che spiegano a loro volta la storia molto diversa dell'ingegnere: che spiegano perché la scala dell'ascesa teorica sia sempre là, probabile, anche quando nessuno è tentato di salire anche solo il primo gradino. Questo è ciò che spero di cogliere, in relazione al diritto, con la storia di Ercole. Per ripetere, la mia tesi è che il ragionamento giuridico presuppone un vasto spazio di giustificazione, inclusi principi molto astratti di morale politica, che inoltre tendiamo a dare per scontata quella struttura tanto quanto l'ingegnere dà per scontato la maggior parte di ciò che sa, ma che di tanto in tanto potremmo essere costretti a riesaminare qualche parte di quella struttura, sebbene non si possa mai dire per tempo quando e come ciò avverrà.

La concezione compenetrata di teoria che ho cercato di spiegare è una descrizione del ragionamento giuridico: di come propriamente argomentiamo riguardo ad affermazioni su ciò che è il diritto. E' anche una descrizione di ciò in cui consiste

la verità in tali affermazioni. Non è automaticamente un argomento sulla responsabilità dei giudici nei casi ordinari o anche costituzionali. Sebbene possa essere ovvio, dico questo perché molti si sono opposti alla concezione compenetrata sulla base del fatto che consente ai giudici di impegnarsi in vaste «escursioni» teoriche, come dicono spesso. Ma dal fatto che stavo sottolineando (ossia che la corretta identificazione di ogni tipo di diritto implica un esercizio interpretativo ed è perciò vulnerabile all'ascesa della giustificazione) non segue automaticamente che a ogni tipo particolare di funzionario dovrebbe essere assegnata la responsabilità di condurre questo esercizio in ogni tipo particolare di occasione. Se la comunità dice a un giudice: «la Costituzione è la legge più alta, e il tuo lavoro è dire cosa significhi la Costituzione», allora, come ho tentato spesso di mostrare, questa istruzione finirà per richiedere una «escursione» considerevole nella morale politica. Ma non dobbiamo istruire i nostri giudici in questo modo. E' perfettamente comprensibile ribadire che ai nostri giudici non bisognerebbe imporre interpretazioni finali e interpretative della Costituzione. Se avete paura di un potere giudiziario troppo grande, questo è ciò che dovrete dire. E' una confusione seria mascherare la vostra avversione al grande potere dei giudici (a cui si può ovviare, in teoria, modificando il loro potere giudiziario) con una falsa teoria del ragionamento giuridico. Ma dovrei fare un altro rilievo sul lato della cautela. Non intendo per adesso sostenere che i giuristi, i giudici o chiunque altro saranno d'accordo su qualsiasi ampia questione teorica getti sul loro cammino l'ascesa della giustificazione. Ovviamente non saranno d'accordo. Ecco perché abbiamo opinioni dissenzianti e buoni argomenti di scuola. Voglio dire solo che il diritto è intriso di teoria, e che i giuristi riflessivi lo sanno sebbene costoro non siano d'accordo su quale teoria.

- "La Scuola di Chicago".

Vengo, infine, alle critiche che vi ho promesso. Ma prima appena una parola sullo spirito della nostra epoca che spinge

tante persone a lamentarsi della teoria. L'adolescenza del nostro secolo ha sguazzato nell'ideologia, e l'ideologia non lo ha servito bene. Alla fine del secolo i nostri intellettuali si fidano della teoria forse in misura minore rispetto a ogni altra epoca. Sentiamo, dovunque ci voltiamo, le ingiunzioni e le smentite dei postmoderni, dei prestrutturalisti, dei decostruzionisti, degli studenti di critica giuridica, degli studiosi di studi critici sulla razza, e di mille altri battaglioni dell'esercito dell'antiteoria. Alcuni dicono che la teoria è falsa, altri che è oppressiva, e molti altri entrambe le cose.

Mi concentrerò, comunque, non sui membri, diciamo così, più eruditi e bizzarri dell'orda antiteorica, che ci sono persino dentro le scuole di diritto, ma sui critici che vanno relativamente per la maggiore. E' per questo che ho preso come esempi la Scuola di Chicago, e in particolare il giudice Posner e il professor Sunstein. Le argomentazioni che costoro e altri che la pensano come loro muovono contro l'uso della teoria morale o astratta nell'argomentazione giuridica, credo possano essere raccolte nelle tre rubriche seguenti: metafisica, pragmatica e professionale.

"Metafisica". Prima quella metafisica. Come ho detto, l'approccio compenetrato di teoria richiede qualche volta ai giuristi e ai giudici di porre a se stessi complesse questioni di morale politica: cercare di capire, ad esempio, se sia sempre giusto ritenere qualcuno responsabile di danni che non hanno causato alcun male, o tentare di identificare le differenti ragioni politiche e di principio in grado di motivare la tutela speciale che merita la libertà di parola in una democrazia dotata di cittadinanza equa. Tuttavia, c'è proprio adesso fra di noi un'opinione vivamente e fortemente influente (è il nucleo di quello che ho chiamato lo spirito intellettuale della nostra epoca) secondo la quale non ci sono risposte obiettivamente corrette a tali questioni, non c'è alcuna verità obiettiva sulla morale politica «là fuori» nell'universo che giuristi, giudici, o chiunque altro possano scoprire. Secondo questa prospettiva, tutte le nostre convinzioni su queste materie (e su questioni più fondamentali, incluso, ad esempio, se il genocidio sia malvagio, o se la discriminazione razziale sia ingiusta, o se la libertà di parola sia un diritto fondamentale) sono

semplicemente frutto di «giochi linguistici» (per usare adesso un'espressione resa popolare da Wittgenstein - anche se vi prego di perdonarlo per questo). Nella nostra società abbiamo adottato, per i nostri scopi e a partire dai nostri bisogni, un particolare modo di parlare secondo cui è vero che il genocidio è un abominio, che la discriminazione razziale è spaventosa, e che la libertà di parola è speciale. Attraverso quel gioco, abbiamo costruito la «realtà morale» a cui ci riferiamo. La libertà di parola è un diritto basilare nel nostro gioco linguistico locale. Non è un diritto basilare in maniera obiettiva o trascendentale: non c'è alcun diritto di questo tipo «là fuori» nella fabbrica dell'universo. Per parafrasare Oliver Wendell Holmes, il "beau idéal" del giudice Posner, se società differenti sono sufficientemente differenti su questioni di importanza abbastanza grande, può darsi che una debba distruggere l'altra, ma nessuna dovrebbe pensare che le proprie opinioni siano più valide, dalla prospettiva dell'universo, delle opinioni che odia.

Il giudice Posner ha flirtato con questa tesi sorprendente. Nel suo libro "Overcoming Law" ha parlato di giochi linguistici e sembra molto ben disposto verso la concezione che il linguaggio crei il nostro universo morale, piuttosto che puntare a riportarlo (8). In ogni caso, questa è oggi una concezione estremamente popolare in buona parte dell'odierno discorso accademico, con l'eccezione della filosofia. Se questa concezione popolare è anche convincente, allora l'approccio compenetrato di teoria al ragionamento giuridico è profondamente sbagliato, e dovrebbe essere abbandonato, per due ragioni. In primo luogo, il ragionamento giuridico, secondo l'approccio compenetrato, presuppone che un'affermazione interpretativa sarà, almeno di solito, superiore alle sue rivali, non semplicemente superiore nell'opinione del suo proponente, ma effettivamente superiore, e se non c'è alcuna verità morale oggettiva, nessuna affermazione del genere può essere effettivamente superiore in alcun caso veramente difficile. In secondo luogo, il caso che ho proposto a favore di questo approccio è esso stesso un caso morale (come ho detto, i giuristi devono essere pronti a offrire una giustificazione teorica per i loro giudizi perché è ingiusto sottoporre alcuni cittadini a un regime di principio che la

comunità in altre circostanze disapprova) e questo stesso caso morale pretende uno status oggettivo. Per sostenere l'approccio teorico, non sarebbe sufficiente dire che esso tende a una verità non oggettiva, a una verità secondo i giochi linguistici della nostra comunità, ed è giustificato da tale verità. Contrariamente al presupposto evidente di coloro che credono nei giochi linguistici, se questi ultimi esistono nelle democrazie contemporanee, non ci uniscono ma ci dividono. Siamo in disaccordo, se non al più generale livello della convinzione morale, quasi a quel livello, e sarebbe assurdo supporre che una singola risposta a questioni complesse sulla giustizia retributiva, sulla libertà di parola, o sulla giustizia razziale possa dare forma al modo in cui tutti noi parliamo o pensiamo. Così se è fondato l'argomento che non c'è nessuna verità oggettiva sulle questioni morali, la sua conseguenza non è che nonostante questo ci sia una verità per la nostra comunità, ma che c'è una verità distinta per ciascuno di noi e su questa base non possiamo sostenere un approccio teorico alla sentenza ["adjudication"].

A dispetto della sua popolarità attuale, comunque, questa tesi metafisica di carattere scettico non è coerente. Si supponga che io dica al critico metafisico: «il genocidio è malvagio», o «la discriminazione razziale è ingiusta». Egli replica: «sì, è vero, sono d'accordo con te. Ma ti prego di non fare l'errore di pensare che queste proposizioni siano oggettivamente vere e che la loro verità sia fondata nella realtà. Hai espresso soltanto la tua opinione, con cui mi capita di essere d'accordo, come agli altri membri della nostra comunità linguistica o interpretativa». Un importante sostenitore della tesi metafisica, Richard Rorty, ha tracciato la distinzione nella maniera seguente. Ha detto che ovviamente, come sappiamo tutti, le montagne esistono. Esistevano da prima degli esseri umani e continueranno probabilmente a esistere a lungo anche dopo la loro scomparsa. Ma poi ha aggiunto che se gli fate una domanda diversa -se esistono le montagne come parte della Realtà Come Realmente E', con grandi lettere maiuscole nella frase - risponderebbe che non esistono, che è ridicolo. L'esistenza delle montagne non è parte della

Realtà Come Realmente E': la loro esistenza fluisce semplicemente da un gioco linguistico che giochiamo. Ma

questa distinzione esige la capacità di distinguere il significato delle due proposizioni seguenti. La prima è che le montagne sarebbero esistite anche se non fossero mai esistiti gli esseri umani: questa è l'asserzione che Rorty dice essere vera. La seconda è che le montagne sono parte della Realtà Come Realmente E': questa è l'asserzione che dice essere falsa. Ma da parte mia non riesco a vedere quale senso possiate attribuire alla seconda proposizione, indipendentemente da quante maiuscole vi inseriate, tale da darle un senso significativamente differente dalla prima proposizione.

Se questo è giusto, la tesi di Rorty crolla. Ma alcuni di voi penseranno che possiamo costruire una tesi più riuscita se limitiamo il nostro scetticismo sull'oggettività alla giustizia e lasciamo perdere le montagne. Ma non lo possiamo fare, e per la stessa ragione. Supponete che diciamo che il genocidio è malvagio, o che la discriminazione razziale è ingiusta o che l'infibulazione è spaventosa, o che la libertà di parola è essenziale. Aggiungiamo poi che ognuno di questi giudizi è soltanto la nostra opinione; che nessuno di essi è oggettivamente vero. Dobbiamo supporre che ci sia una differenza di significato fra le due proposizioni seguenti: la discriminazione razziale è ingiusta; la discriminazione razziale è oggettivamente ingiusta. Ma non possiamo trovarla. Non svolgerò qui la mia argomentazione a favore di questa tesi, perché ho dedicato un articolo al problema generale dello scetticismo esterno ("Objectivity and Truth: You'd Better Believe It"), nel quale riporto questo argomento in maniera considerevolmente più estesa (9).

"Pragmatica". Ma sebbene, come ho detto, ci siano echi dell'argomentazione metafisica negli scritti di Posner, questi ha precisato che non vorrebbe basare le proprie raccomandazioni su una tesi filosofica: considera libere da presupposti le sue concezioni del giudizio nella sentenza. Queste ultime, a suo dire, non sono espresse nel modo migliore in nessuna teoria generale, quanto piuttosto in atteggiamenti, e presenta la sua descrizione più formale di questi atteggiamenti in un passo che quasi coglie nel segno. «Gli aggettivi che ho usato per caratterizzare la visuale pragmatica - pratica, strumentale, prospettica ["forward-looking"], attivista, empirica, scettica,

antidogmatica, sperimentale - non sono quelli che vengono in mente quando si consideri, poniamo, il lavoro di Ronald Dworkin» (10). In questo modo gli atteggiamenti di Posner sono probabilmente concepiti in contrasto con quelli rappresentati dall'approccio compenetrato al ragionamento giuridico, sebbene sia arduo cogliere come dal suo catalogo di virtù. Egli ci spinge a non escludere idee strane, a guardare alle conseguenze delle decisioni, e altrimenti a portare avanti le nostre attività intellettuali e giuridiche in modo saggio. Questo è un consiglio apprezzabile: il Dogmatismo è una colpa grave, e, se vi soccombiamo, dobbiamo rispondervi in modo grave. Ma questa non è la materia su cui è costruita la "jurisprudence", e sebbene Posner chiarisca che non approva la mia teoria della sentenza, dice molto poco di preciso sul perché e come la sua sia differente.

Ancora, due punti nel suo catalogo delle virtù che mi sfuggono sembrano particolarmente essenziali. In primo luogo, dice che l'approccio pragmatico è prospettico. E' importante distinguere, però, fra due differenti tesi contrastanti che egli potrebbe avere in mente. Potrebbe voler dire che il ragionamento giuridico dovrebbe essere consequenzialistico anziché deontologico, o che dovrebbe essere "welfaristico" anziché consequenzialistico in qualche altro modo. Spiegherò e considererò in ordine ognuna di queste due possibilità. E' una questione centrale nella teoria morale se sia mai obbligatorio fare ciò che produce uno stato di cose peggiore: se dobbiamo, ad esempio, dire sempre la verità anche quando mentendo potremmo prevenire uno stato di cose peggiore sotto tutti i punti di vista, tra cui anche il fatto che verranno dette più menzogne. Un consequenzialista sostiene che non siamo mai moralmente obbligati ad agire in un modo che produce le conseguenze peggiori, mentre un deontologista sostiene che qualche volta lo siamo. (L'argomento è più complesso di quanto non colga questa descrizione, ma ciò è sufficiente ai miei scopi). Se Posner ha questo contrasto in mente, ha frainteso l'approccio compenetrato che difendo, il quale è chiaramente consequenzialistico anziché deontologico. E' consequenzialistico nel suo fine generale: mira a una struttura del diritto e della comunità che sia ugualitaria nel senso che ho tentato di descrivere nell'"Impero del diritto" (11). Ed è

conseguenzialistico in dettaglio: ogni argomento giuridico interpretativo è volto ad assicurare uno stato di cose che è superiore rispetto alle alternative, secondo i principi compenetrati nella nostra prassi. Così non può essere un'obiezione all'approccio compenetrato dire che non è sufficientemente prospettico, se ciò significa conseguenzialistico.

E' una questione ulteriore e quasi altrettanto centrale nella teoria morale stabilire se, quando compariamo la bontà degli stati di cose, dovremmo considerare soltanto il benessere delle persone in quegli stati di cose: cioè solo se e quanto stanno meglio in uno piuttosto che negli altri. Un welfarista deve scegliere una certa funzione di benessere (un certo modo di misurare se e quanto un gruppo stia meglio) e l'utilitarismo è la più popolare di queste funzioni. Un welfarista utilitarista sostiene che una legge o una decisione giudiziaria migliora lo stato di cose solo se come risultato le persone stanno meglio, nel totale o in media. Chi rifiuta l'utilitarismo ritiene che almeno qualche volta uno stato di cose è migliore di un altro anche se le persone non stanno meglio nel totale o in media: perché, forse, i diritti sono più rispettati, o perché la situazione è più equa o più giusta in qualche altro modo. Potremmo, senza apparire troppo eccentrici, utilizzare «prospettico» per descrivere il lato utilitaristico di tale argomento, così da poter dire che Posner sta raccomandando che l'argomentazione e il ragionamento giuridici dovrebbero essere dedicati a trovare le decisioni che sono migliori dal punto di vista utilitaristico.

La concezione compenetrata della sentenza non è in particolare necessariamente anti-utilitaristica. Qualcuno che l'accetti potrebbe argomentare (come in realtà Posner ha fatto spesso) che la migliore interpretazione della prassi giuridica mostri il principio di utilità come suo nucleo. Ma nemmeno la teoria compenetrata è legata all'utilitarismo come un principio guida per la sentenza - e, almeno nella mia concezione, buona parte del nostro diritto, incluso quello costituzionale, non può essere giustificato su basi utilitaristiche, ma, al contrario, deve presupporre principi di uguaglianza e di equità che non sono utilitaristici in spirito o in pratica. E lo scopo generale della teoria compenetrata, che è ugualitaria, è chiaramente non utilitaristico. Così se Posner usa «prospettico» e intende

utilitaristico, allora è giustificato nell'accusare la concezione compenetrata di non essere abbastanza prospettica. Ma in questo caso deve darci un argomento per l'utilitarismo, o almeno una risposta alle molte serie obiezioni che sono state rivolte ad esso (12). Non è facilmente autoevidente che il progresso consista nel rendere le persone mediamente più felici, o anche più ricche, come qualche volta Posner ha sostenuto nel passato.

Così non rendiamo un buon servizio all'alternativa pragmatica all'approccio compenetrato se la concepiamo solo per sostenere un calcolo utilitaristico. Dovremmo allora tornare all'altro aggettivo forte nel catalogo di Posner: egli dice che l'approccio pragmatico è sperimentale. C'è un senso in cui l'approccio pragmatico è chiaramente sperimentale (anzi, lo è più dei suoi maggiori rivali e non meno). Raccomanda che la sentenza abbia immaginazione verso i principi, così che un giudice possa proporre un principio che non era stato riconosciuto in passato (in quanto fornisce l'interpretazione migliore di un'area del diritto): un esempio è stato Cardozo nel caso "MacPherson" (13). Così se Posner intende condannare l'approccio compenetrato come insufficientemente sperimentale, deve avere in mente un diverso senso di sperimentale: deve intendere non sperimentale nella teoria, ma sperimentale in sostituzione della teoria. Se è così, allora potremmo parafrasare il suo consiglio in questo modo: giuristi e giudici dovrebbero tentare differenti soluzioni ai problemi di fronte a cui si trovano per vedere quale fra di esse funzioni, senza riguardo a quelle che sono raccomandate o avallate da una qualche teoria generale. Essi dovrebbero concentrarsi sui problemi pratici di fronte a loro e chiedersi quali delle soluzioni disponibili renderebbe effettivamente migliori le cose.

Consideriamo quando questo consiglio sarebbe utile. Supponete che la vostra auto si sia rotta in una solitaria notte invernale, lontano da ogni tipo di soccorso. Il motore si è fermato e non riparte. Potrebbe essere un buon consiglio dire: «non riflettete sulla fisica del motore a combustione interna, limitatevi a fare diversi tentativi e vedete se qualcuno funziona». Ad esempio, può essere che se vi mettete il cappello all'indietro, chiudete gli occhi e girate la chiave, l'auto

ripartirà, e se lo fa, non mettetevi a congetturarci sopra, ma riprendete ad andare. Ma ora, supponete che siete dei cosmologi che si interrogano sull'età dell'universo. Sareste molto perplessi se Posner vi dicesse di non interessarvi di cosa è realmente vero, ma solo di cosa funziona. E' sconcertante sentirsi dire di non interessarsi della verità quando è esattamente ciò di cui vi state interessando. Il consiglio non sarebbe pericoloso, comunque, perché sapete cosa significa «funziona» in questo contesto: una tesi cosmologica funziona se si accorda bene con il resto di ciò che crediamo, e genera previsioni sull'evidenza e su scoperte che risultano garantite. Dal mio punto di vista, è una confusione filosofica dire che l'essere vero di una proposizione scientifica consiste soltanto nel suo fornire previsioni affidabili, ma in pratica ciò non fa danni perché le due idee, potremmo dire, procedono mano nella mano: uno scienziato che cerca previsioni affidabili è, almeno normalmente, uno scienziato che si trova in una buona posizione per scoprire ciò che è vero.

Ma ora immaginate una situazione molto differente: siete un giudice che tenta di decidere se le aziende farmaceutiche sono in realtà congiuntamente e individualmente responsabili dei danni subiti dalla paziente, nonostante il fatto che la maggior parte di esse non li abbiano provocati, e vi viene detto di non interessarvi di ciò che è realmente vero ma soltanto di vedere cosa funziona. Il consiglio adesso è completamente inutile, perché dovete decidere cosa è vero intorno a varie questioni (ad esempio, su ciò che è equo) prima che possiate decidere cosa «funziona», perché adesso (diversamente dal caso dell'auto in panne o anche dell'inafferrabile big bang) non avete assolutamente nessuno standard indipendente riguardo a ciò che significa «funzionare». Supponete per esempio che sembri che una decisione a favore delle aziende farmaceutiche promuoverebbe più ricerca e terrebbe il prezzo dei medicinali più basso di quanto farebbe una decisione contraria. Neanche questo proverebbe che la prima decisione «funziona» meglio della seconda, perché rimane da decidere se sia desiderabile una decisione che consegue questi risultati desiderabili, ma al costo di privare di risarcimento qualcuno che è stato danneggiato da medicine difettose.

La futilità del consigliare a giuristi e giudici di cercare la

decisione che «funziona» è anche più manifesta quando consideriamo una questione socialmente più controversa: l'aborto. Molti giuristi e giudici, nonché molti filosofi, hanno ritenuto importante, nell'interrogarsi su questa straziante questione, cercare di rispondere a profondi problemi teorici, ad esempio riguardo a se il feto abbia interessi propri nei primi due trimestri di gestazione. Come potrebbe essere di aiuto supporre che dovremmo smettere di preoccuparci di problemi così difficili, e chiedere soltanto quale soluzione funzionerà? Si supponga che diciamo a qualche gruppo di antiabortisti devoti che dovremmo sperimentare e provare ad applicare per un po' una politica estremamente permissiva per vedere se la tensione sociale prodotta dalla questione finisca per dissolversi. Se la tensione si dissolve e la gente non sembra più interessarsi alla questione potremmo dire di avere la conferma che la soluzione permissiva ha funzionato. Il gruppo antiabortista replicherà, con orrore, che questa prospettiva non mostrerebbe che la politica permissiva abbia funzionato; al contrario, che essa sarebbe un disastro anche più odioso perché alla fine avrebbe reso insensibile la comunità. In particolare nel diritto e nella morale, l'avvertimento di evitare questioni spinose vedendo «cosa funziona» non è soltanto di nessun aiuto. E' incomprensibile.

"Professionalismo". Chiamerò l'obiezione professionale il terzo tipo di attacco all'approccio compenetrato del ragionamento giuridico. «Siamo soltanto giuristi. Non siamo filosofi. Il diritto ha la propria disciplina, il proprio speciale mestiere. Quando andate a una scuola di diritto, vi è insegnato cosa pensare come giuristi, non come filosofi. I giuristi non tentano di decidere vaste questioni teoriche di teoria morale o politica. Decidono nel dettaglio questioni particolari, una per una, in un modo più limitato e circoscritto. I loro strumenti di argomentazione non sono quelli grandiosi del trattato filosofico, ma i metodi più domestici e affidabili dell'attenta analisi testuale e dell'analogia».

Le versioni più importanti e influenti di questa prospettiva sono quelle dei grandi filosofi del diritto della tradizione positivista: Bentham, Austin, e, soprattutto, H.L.A. Hart, che ha portato tale tradizione a un nuovo livello di sofisticazione

ed eleganza (14). Per come lo interpreto, Hart ha detto che il ragionamento giuridico consiste, in sostanza, nell'applicare regole giuridiche speciali sviluppate in una comunità politica per tale scopo, così che considerazioni teoriche generali, compresa la teoria morale o filosofica, sono rilevanti per identificare il diritto soltanto nella misura in cui quelle regole giuridiche speciali le rendono rilevanti incorporando esplicitamente standard teorici. Se è così, si può allora propriamente intendere il ragionamento giuridico come compenetrato in presupposti teorici più generali soltanto nella misura contingente stabilita dalla prassi giuridica convenzionale; e, almeno nella concezione di Hart, la convenzione non ha stabilito così nella maggior parte dei sistemi giuridici contemporanei. Nel 1994, due anni dopo la sua morte, è stata pubblicata una nuova edizione del suo famoso libro, "Il concetto di diritto", con un nuovo «Poscritto» su cui aveva lavorato di tanto in tanto per alcuni anni, ma che non aveva mai completato. Quel «Poscritto» chiarisce in alcuni aspetti (sebbene in altri sollevi nuove questioni) la natura dell'opposizione di Hart alla concezione compenetrata del diritto. Spero di pubblicare una risposta sostanziale a quel «Poscritto» nel prossimo futuro, ma non posso cominciare qui questo compito scoraggiante.

Mi concentrerò invece su versioni della sfida professionale all'integrità meno filosofiche e apparentemente più pratiche. Alcuni decenni fa, Edward Levi, che è stato preside della Chicago Law School e ministro della Giustizia degli Stati Uniti, ha pubblicato un breve ma influente libro, intitolato "An Introduction to Legal Reasoning", nel quale ha tracciato un resoconto altamente professionalizzato del ragionamento giuridico (15). Ha detto che pensare da giurista consiste non nell'applicare ampie strutture di teoria a questioni giuridiche discrete, ma ragionare per analogia da un gruppo all'altro di questioni giuridiche concrete. Un altro professore della Chicago Law School, Cass Sunstein, ora ha ripreso e rielaborato questa concezione, da lui descritta come l'approccio al diritto «incompletamente teorizzato», e ha messo particolarmente in evidenza il contrasto con la concezione compenetrata del ragionamento giuridico. Sunstein si è convertito di recente alla fazione antiteorica, e il suo zelo

nell'aderirvi è quello tipico dei convertiti (16).

Sunstein fa una serie di affermazioni a favore di una teoria «incompleta». Dobbiamo avere cura di distinguerle e perciò di distinguere differenti responsabilità di cittadini e funzionari (17). Abbiamo, per prima cosa, delle responsabilità di giudizio: dobbiamo decidere ognuno per sé quali posizioni politiche sostenere e quali decisioni politiche prendere. In secondo luogo, alcuni di noi hanno responsabilità di coordinazione: dobbiamo decidere se e come cooperare con gli altri nel promuovere le politiche o nel prendere le decisioni che appoggiamo. La forma di questa responsabilità di coordinazione dipende, ovviamente, dal ruolo: per il legislatore si tratta di formare alleanze legislative, per i cittadini comuni di aderire a partiti e a gruppi di interessi "ad hoc", e per i giudici in una corte formata da più membri di trovare la maggioranza per la decisione preferita. Alcuni di noi - i funzionari - hanno una terza responsabilità: quella di esposizione. I funzionari devono spesso presentare un rapporto formale della decisione che hanno preso. La forma di questo rapporto, inoltre, dipende dal ruolo, e, quando prende la forma di un documento congiunto, come un rapporto legislativo o un parere giudiziario firmato da più di un giudice, parla al posto di persone che possono aver avuto basi di giudizio differenti tra loro.

Sunstein propone un «teorema di incompletezza» rispetto a ognuna di queste responsabilità. Due di questi teoremi (sulle responsabilità di coordinazione e di esposizione) non sono sorprendenti e, tranne che in circostanze estreme, nemmeno eccezionali. In un caso utilizza l'apparato rawlsiano del consenso per sovrapposizione per sostenere che dovremmo essere disposti a lavorare con quelli che sono a favore delle politiche o delle decisioni che prendiamo anche quando le nostre basi sono differenti dalle loro. Ci sono circostanze (su questo sarebbe d'accordo) in cui dovremmo opporci a questo consiglio: ho respinto inviti a campagne neo-naziste contro leggi che rendono un reato dichiarare che l'Olocausto non è mai avvenuto. Ma nelle normali circostanze della politica, comprese le decisioni giudiziarie, si tratta di un consiglio saggio. L'altro teorema di Sunstein, quello sull'esposizione, sostiene che il compromesso potrebbe essere saggio anche al

fine di preparare un rapporto pubblico comune per una decisione ufficiale, e sembra comunque un buon consiglio in molte circostanze. Ovviamente è possibile che, in una corte con più membri che maturano un «consenso per sovrapposizione» a favore di una decisione particolare, ad esempio nel caso dei produttori farmaceutici, ognuno dei giudici scriva un parere separato che descriva la propria base teorica. Ma qualche volta potrebbe essere sicuramente meglio, per tante ragioni diverse, che la maggioranza scelga un'opinione singola e più superficiale con cui ognuno può essere d'accordo, e Sunstein ha certamente ragione a dire che tale opinione non dovrebbe essere necessariamente scartata.

Nessuno di questi due teoremi, sulla coordinazione politica incompletamente teorizzata e sull'esposizione comune incompletamente teorizzata, contraddice la concezione compenetrata di teoria del ragionamento giuridico. Ma Sunstein presenta un terzo teorema sulle nostre responsabilità iniziali di giudizio individuale. Il modello rawlsiano del consenso per sovrapposizione suppone che ogni parte del consenso abbia pronunciato un giudizio individuale su basi teoriche ricavate da quelli che Rawls chiama schemi etici «comprensivi», che differiscono da una parte e dall'altra. Ma Sunstein suggerisce che i giuristi e i giudici dovrebbero astenersi, anche nell'esercizio della responsabilità di un giudizio individuale, dall'avventurarsi nelle zone più astratte della teoria politica e morale. Intende sostenere, cioè, non soltanto che si possano formare alleanze politiche e giudiziarie a partire da un accordo concreto, perfino in presenza di divergenze teoriche, ma anche che gli stessi giudizi individuali che producono l'accordo concreto dovrebbero essere superficiali. Presenta questa concezione del ragionamento giuridico «ordinario» in contrasto con la mia.

"Ma Ercole, nella concezione di Dworkin, «ci mostra la struttura nascosta di giudizi [ordinari] e così li lascia aperti allo studio e alla critica». Ovviamente Ercole mira ad una «teoria comprensiva» di ogni area del diritto, mentre i giudici ordinari, incapaci di considerare tutte le linee di ricerca, devono mirare a una teoria che è «parziale». Ma «i giudizi di adattamento e di morale politica [di Ercole] sono fatti dello

stesso materiale e hanno lo stesso carattere dei nostri». Sono questi i punti che sto rifiutando qui" (18).

In realtà, come vedremo, sembra che dopo tutto egli non li rifiuti (18). Ma è importante comprendere cosa potrebbe significare la sua asserzione iniziale per capire perché alla fine debba rinunciarvi. Nell'"Impero del diritto", e più sopra in questo saggio, ho descritto le differenze fra Ercole e i giuristi comuni come differenze nella direzione e nell'ambizione delle loro riflessioni, e non nel materiale su cui riflettono o nel carattere delle loro riflessioni. Sebbene giuristi e giudici «comuni» ragionino su concrete questioni giuridiche dall'interno verso l'esterno, come gli ingegneri a proposito della fattibilità di una nuova struttura, non possono fissare limiti "a priori" all'ascesa della giustificazione in cui li trascinerà un problema. E' il carattere della ricerca stessa (i problemi che genera mentre si svolge) a dettare il livello di teoria da esplorare, e ciò non può essere conosciuto o stipulato in anticipo. Un giurista o un giudice non ha bisogno di svolgere una ricerca giuridica oltre il punto in cui può responsabilmente presupporre che l'integrità sia stata soddisfatta nel miglior modo possibile, e nel decidere quando sia responsabile presupporlo, deve prendere in considerazione le circostanze pratiche in cui si trova, incluso il bisogno di una decisione e la pressione imposta da altre responsabilità (20).

Se Sunstein intende «rifiutare» davvero questo resoconto del ragionamento giuridico, deve presumere che un giurista o un giudice dovrebbero rifiutarsi di confrontarsi con i problemi dell'integrità quando questi sono palesi, o dovrebbero chiudere gli occhi di fronte a tali problemi in modo da restarne inconsapevoli. Immaginate un giudice che sia obbligato a prendere una decisione su uno dei problemi che abbiamo scelto come esempio. Non può semplicemente appellarsi al precedente giuridico, sia perché non c'è nessuno al riguardo, sia perché i precedenti più diretti gli sembrano incoerenti con i principi riconosciuti altrove. L'integrità gli richiede di continuare la sua ricerca, espandendo il suo obiettivo teorico se e come risulti necessario. Quale consiglio contrario darebbe Sunstein? Il giudice dovrebbe decidere se i produttori farmaceutici sono responsabili congiuntamente senza chiedere

se sia giusto imporre, secondo gli standard compenetrati nella nostra tradizione, una responsabilità in assenza di ogni connessione causale? Dovrebbe tentare di decidere se le donne hanno un diritto costituzionale all'aborto senza chiedere se il feto sia una persona ai sensi della nostra struttura costituzionale, o se la clausola del "due process" sia usata propriamente per proteggere una libertà fondamentale, o se la libertà di controllo della riproduzione attraverso l'aborto sia una libertà fondamentale? Se è così, perché dovrebbe rifiutarsi di considerare tali questioni chiaramente pertinenti? Se non è così, quali questioni «teoriche» dovrebbe rifiutare di considerare, e perché queste sono più teoriche, o in maniera differente? Su quale base diversa, e meno «completamente» teorica, dovrebbe decidere?

La risposta di Sunstein a tali ultime questioni non aiuta. Propone la soluzione di Levi: dice che il giudice dovrebbe decidere i casi difficili non volgendosi a livelli più astratti di teoria, ma più da giurista: con l'analogia. Ma questo è un contrasto illusorio, perché (per parafrasare Kant) l'analogia senza teoria è cieca. L'analogia è un modo di affermare una conclusione, non un modo di raggiungerla, ed è la teoria a fare il lavoro vero e proprio. Considerare tutti i produttori farmaceutici responsabili sarebbe più simile al considerare responsabili le persone che effettivamente causano un danno, o allo scovare persone che non avevano niente a che fare con un incidente e far pagare loro i danni? Bruciare la propria bandiera è più simile a tenere un discorso all'Hyde Park Corner o ad aggredire persone con insulti offensivi? L'aborto è più simile all'infanticidio o all'appendicectomia? Non possiamo nemmeno iniziare a rispondere a queste domande senza un'incursione profonda nella teoria: senza porre questioni fondamentali sulla connessione fra causalità e responsabilità, o sul perché la libertà di parola ha un'importanza speciale, o come il valore fondamentale della vita umana sia inteso ed espresso meglio. Sunstein lo capisce. Ammette che il metodo dell'analogia richieda il ricorso a principi generali, ma ribadisce che tale ammissione non mette fine alla distinzione fra la sua teoria e la teoria compenetrata, perché, dice, l'analogia si richiama solamente a principi «di medio livello», non a quei principi di livello elevato che l'integrità potrebbe a

volte richiedere ai giuristi di invocare. Ma questa è una distinzione particolarmente problematica, non soltanto perché «medio livello» è una classificazione poco informativa (una teoria politica che spiega perché la libertà di parola è particolarmente importante è una teoria di «medio livello», o qualcosa di più alto o di più basso?), ma anche perché l'idea stessa di un vincolo a priori sulla riflessione giuridica, definito come un limite di astrazione che tale riflessione non deve superare, è bizzarra da un punto di vista sia fenomenologico sia logico. I giuristi (come le altre persone) scoprono l'ambito della riflessione che hanno bisogno di intraprendere nel corso della ricerca trovando dove conduce la ricerca prima che sia raggiunto un fidato posto di riposo. Non accettano - non possono farlo - una metodologia che stabilisca in anticipo dove debbano fermarsi, non importa quanto poco probante o soddisfacente sia la loro riflessione a quel punto.

Così il richiamo di Sunstein all'analogia, dopo tutto, non distingue il suo metodo dalla concezione compenetrata di teoria a cui intende opporsi. Ciò rende ancor più importante la questione del perché ritiene che i giudici dovrebbero evitare la teoria. Ma le sue risposte a tale questione sono problematiche, perché esse effettivamente non affermano le ragioni per rinunciare all'integrità come fine o anche solo per attenuarla, ma le esigenze dell'integrità stessa. Egli richiama l'attenzione, ad esempio, sull'importanza del precedente nella prassi giuridica, e teme che giudici ansiosi di imporre al diritto nuove strutture teoriche finirebbero per essere troppo rapidi nel revocarle. Ma questa è una preoccupazione che aveva anche Ercole e che lo ha condotto, esattamente per rispetto dell'integrità con tale caratteristica della nostra prassi, ad adottare ciò che ho chiamato il principio della «priorità locale» (21), un principio che Sunstein non menziona, ma che sembra equivalente al suo suggerimento in base al quale i giudici dovrebbero adottare il «presupposto» che le revisioni nel diritto siano «locali» (22). Inoltre Sunstein suggerisce che l'impegno giudiziario verso teorie di larga scala (come ad esempio una versione della libertà di parola in termini di «autonomia personale») renderebbe rigido il diritto e più difficile il cambiamento. Ma, come pure fa notare, l'essere teoricamente espliciti può rendere più semplice identificare gli

errori, e può anche facilitare cambiamenti di larga scala, quando le teorie sostenute nel passato sono considerate esse stesse errori, come nel caso, ad esempio, dei precedenti dell'era "Lochner". L'integrità apre la via ad un cambiamento utile in molti modi: separando il precedente dalla base teorica esplicitata in precedenza, ad esempio, e attraverso il meccanismo della forza gravitazionale.

Comunque, la difesa più interessante di Sunstein dell'«incompletezza» teorica è più esplicitamente politica. «Per ragioni sia di politica sia di principio - dice - lo sviluppo di teorie su larga scala del giusto e del bene è un compito democratico, anziché giudiziario. Queste osservazioni dovrebbero suggerire gli ingredienti di una concezione della legittimità di cui dovrebbero essere parte accordi non completamente teorizzati» (23). Ma è un mistero come la «democrazia» potrebbe generare «teorie su larga scala del giusto e del bene», a meno che i giudici non accettino come parte della loro responsabilità identificare quali di queste teorie erano latenti nella legislazione e in altri eventi politici. Ci sono poche parti della legislazione che enunciano esplicitamente la dichiarazione generale di un principio astratto: ad esempio, che le bellezze naturali hanno un valore intrinseco o che i rischi causati da iniziative benefiche dovrebbero essere sostenuti dalla classe di persone che ne traggono vantaggi. E' solamente attraverso l'interpretazione di leggi più concrete che possiamo identificare i principi che insieme abbiamo fatto propri. Sunstein può avere in mente solo le sentenze costituzionali, in cui i giudici, guidati da quella che ho chiamato la lettura morale della Costituzione, potrebbero tentare di imporre le loro teorie di «larga scala» al pubblico che le rifiutasse. Anche così, la sua argomentazione mette insieme erroneamente sentenza e giurisdizione (24). Forse i giudici non dovrebbero avere la responsabilità di interpretare i vincoli costituzionali (forse questo potere dovrebbe essere lasciato, in qualche modo, più al popolo). Ma questo difficilmente comporta che un giudice con il compito di decidere cosa segua dal Primo Emendamento dovrebbe astenersi dal chiedere, fra tante domande, perché una democrazia avrebbe ragione di proteggere la libertà di parola in quel modo particolare.

Come ho detto, Sunstein alla fine ammette che dopo tutto non sta offrendo un'alternativa alla concezione compenetrata. Dice, immediatamente dopo aver dichiarato di rifiutare la mia posizione, che preciserà quel rifiuto più avanti e le precisazioni semmai finiscono per lasciare ben poco disaccordo. «In breve - afferma introducendo tali precisazioni - alcuni casi non possono essere decisi "affatto" senza introdurre una giusta quantità di teoria. Inoltre, alcuni casi non possono essere decisi "bene" senza introdurre la teoria. Se una buona teoria è disponibile e se i giudici possono essersi persuasi che sia buona, non dovrebbe esserci alcun tabù sulla sua accettazione giudiziaria. Le affermazioni a sostegno di accordi incompletamente teorizzati [deve voler dire di giudizi individuali incompletamente teorizzati] sono presunte piuttosto che conclusive» (25). Nelle pagine successive descrive i vantaggi del fatto che i giudici ricerchino l'integrità in modi analoghi alla mia concezione (26): spiega, ad esempio, l'importanza di non isolare da un esame teorico anche le regole e le prassi meno controverse (27). Ribadisce poi di non sostenere che «una teoria generale è sempre illegittima nel diritto. Ciò che ha senso è un punto più modesto [...]. I giudici dovrebbero adottare un presupposto, invece che un tabù, contro la teorizzazione di livello elevato» (28). Ma la concezione compenetrata dà lo stesso consiglio: raccomanda che i giudici ascendano alla teoria più astratta solo quando hanno una ragione speciale per farlo.

A un certo punto Sunstein enuncia un suggerimento che la concezione compenetrata non dà. Dice che «i giudici dovrebbero adottare una teoria più completa per una certa area del diritto solo quando sono veramente sicuri che sia corretta» (29). (Io avrei pensato, al contrario, che vogliamo piuttosto essere protetti da giudici che sono «veramente sicuri» che le loro teorie morali sono corrette.) Ma non può realmente voler dire questo, perché, come aveva fatto notare, alcuni casi non possono essere decisi affatto, e altri non possono essere decisi bene, senza introdurre la teoria, il che vuol dire che i giudici dovranno spesso formulare giudizi teorici che arrecano persuasione, o almeno maggior persuasione di quelli loro rivali, anche quando ciò non si avvicina alla certezza. Dopo tutto, quando un giudice è nel giusto a pensare di essere di

fronte a un caso che non può essere deciso «affatto» o «bene» senza una qualche riflessione teorica? Per soddisfare questo standard, non è sufficiente che senza riflessione teorica al giudice manchi la convinzione di quale risposta sia quella che, tutto considerato, si addice meglio alle sue responsabilità? E non è allora sensato per lui condurre la riflessione teorica fino al punto di raggiungere quella convinzione? Se è così, allora, non c'è alcuna differenza - assolutamente nessuna - fra la concezione compenetrata, con la sua esigenza di integrità nella sentenza, e la «teorizzazione modestamente incompleta» di Sunstein.

- "Sommario: in difesa della teoria".

Concluderò tornando alla questione che ho rimandato all'inizio. Siamo di fronte a una rivolta contro la teoria, nel diritto e in tutto il resto del panorama intellettuale. Posner e Sunstein sono solo due esempi: il maggior avvocato civilista accademico d'America, il professor Laurence Tribe, ad esempio, ha annunciato che non aveva alcuna teoria generale del giudizio nelle sentenze costituzionali, e che non intendeva provare a svilupparne una (30). Cosa spiega questa tendenza? Ho descritto sopra una forma di relativismo filosofico che è oggi popolare all'esterno della filosofia accademica: essa sostiene che la verità in generale, e la verità riguardo la morale politica in particolare, sia creata dalle nostre prassi e che non ci sia alcuna verità su tali questioni indipendente da una cultura o da un linguaggio particolari. La popolarità di questa posizione filosofica profondamente confusa non costituisce, comunque, la spiegazione dei sintomi che ho descritto, quanto piuttosto un altro sintomo da spiegare.

Forse parte della risposta sta nel forte richiamo ad una nuova modestia, alla fine di questo secolo di disastri ideologici e tecnocratici. La modestia intellettuale sembra l'opposto di una serie di vizi: del razzismo e del sessismo, che implicano superiorità, delle ambizioni dei metafisici e dei costruttori di sistemi, che sembrano arroganti, e soprattutto dell'elitismo dei baroni intellettuali, che sembra non democratico. Comunque,

abbiamo visto adesso l'insidia di confondere un atteggiamento antiteorico con la modestia. Lo sperimentalismo apparentemente innocente di Posner termina in un assolutismo dei più ambiziosi e tecnocratici che i filosofi abbiano mai concepito, quale il conseguenzialismo utilitaristico, e il consiglio di Sunstein all'astinenza giudiziaria, se fosse effettivamente realizzabile, non produrrebbe più democrazia, ma la paralisi di un processo essenziale alla democrazia. La modestia è un atteggiamento, non un richiamo. Siamo modesti non quando volgiamo le spalle ad ardue questioni teoriche sui nostri ruoli e sulle nostre responsabilità come persone, cittadini e funzionari, ma quando le affrontiamo con l'energia e il coraggio forgiati in un vivido senso della nostra fallibilità. Il nostro giudizio riflessivo può imporci l'autolimitazione in un centinaio di dimensioni, ma accettarle è un atto di modestia soltanto se questo giudizio era veramente e completamente riflessivo.

Sono d'accordo con i miei critici che non tutti i giudici hanno studiato filosofia. Ma se i miei argomenti sono fondati non abbiamo altra scelta che chiedere loro di affrontare questioni che sono state filosofiche, di tanto in tanto. L'alternativa non è evitare la teoria morale, ma usarla in maniera oscura, nascosta sotto i consueti flogisti giuridici come la misteriosa arte del ragionamento analogico da giurista. L'altro giorno ho mangiato ostriche, per la prima volta nella vita. Questi animali trovano il loro posto nella natura e forse sulle nostre tavole, pur non essendone ancora convinto. Ma non sulle panche dei tribunali.

Potreste pensare che sin qui il mio elogio della teoria sia stato negativo. Ho risposto ai critici ma non ho detto molto di positivo in favore dell'integrità nel diritto. Così le mie ultime parole sperano di ricordarvi perché l'integrità sia così importante. Ogni democrazia odierna è una nazione divisa, e la nostra democrazia lo è in maniera particolare. Siamo divisi culturalmente, etnicamente, politicamente e moralmente. Nondimeno aspiriamo a vivere insieme come uguali, e a quest'ambizione sembra assolutamente fondamentale aspirare anche al fatto che i principi dai quali siamo governati ci considerino uguali. Dobbiamo sforzarci, per quanto possiamo, non ad applicare una teoria della responsabilità alle aziende

farmaceutiche e un'altra agli automobilisti, non ad abbracciare una teoria della libertà di parola quando siamo preoccupati della pornografia e un'altra quando siamo preoccupati del bruciare le bandiere. Non possiamo perseguire questa indispensabile ambizione se non ci impegniamo, quando necessario, ad ascendere sufficientemente in alto nelle nostre delibere collettive, comprese le nostre delibere di sentenza, da controllare i nostri progressi in questa direzione. Dobbiamo impegnarci in tale dovere sovrano se sosteniamo un principio di legalità che non sia solo uno strumento di acquisizione economica e di pace sociale, ma un emblema e uno specchio dell'uguale considerazione pubblica che ci dà il diritto di chiamarci comunità.

3. IL NUOVO MASTINO DI DARWIN.

- "Problemi urgenti".

La geremiade di Richard Posner è il terzo attacco in pochi mesi (1) a quella che chiama «teoria morale» (2). Uno dei suoi saggi precedenti era una risposta a una mia lezione (3), e ho replicato a mia volta a quel saggio (4), di modo che questo commento continua una discussione già lunga. Le lezioni di Posner hanno la caratteristica di essere divertenti, avventate, picaresche ed efficaci. Sono confezionate con una grande varietà di divagazioni, di riferimenti e di insulti, rilevanti e irrilevanti. Tuttavia le argomentazioni che presenta per le sue tesi principali sono, comunque, così spettacolarmente inefficaci da rendere urgente un problema che pone lui stesso. Che cosa spiega effettivamente la sua fiera ostilità - la chiama un «disgusto viscerale» (5) - verso il lavoro accademico, contro cui si erge? Suggerirò una risposta a tale problema: nonostante le sue assicurazioni in contrario, Posner stesso può essere sotto il dominio di una teoria morale sostantiva e non strumentale, che non ammette pienamente o nemmeno forse riconosce. Questa teoria è molto diversa dal «relativismo morale» che abbraccia formalmente, ma spiega molto meglio le sue varie posizioni e passioni.

Per prima cosa, comunque, devo difendere il mio duro giudizio sulla qualità delle sue argomentazioni, e nel farlo sono consapevole di un pericolo. Le cattive argomentazioni di Posner possono ben essere delle trappole, dato che una delle sue tesi centrali è che i giudici non sono adatti al ragionamento filosofico, e magari sta cercando di adescare i suoi critici perché confermino la sua tesi facendo vedere che si attaglia ad almeno un giudice particolarmente intelligente e insigne. Se questa è la sua strategia, allora ha preso un altro

pesce all'amo.

Questa replica considera le varie tesi di Posner con un dettaglio notevole. Ho due ragioni per seccare i lettori con una replica meticolosa a quelle che ho definito come argomentazioni palesemente cattive. Per prima cosa, quelle avanzate da Posner sono al servizio di un movimento antiteorico populista che in questo momento è molto forte nella vita intellettuale americana (la disastrosa concezione della scienza che egli contempla è solamente un altro esempio di questa tendenza) (6). Questo movimento ci fa perdere tempo, perché buona parte di esso, come nel caso dell'argomentazione di Posner, consiste in vuote invocazioni ad agire per il perseguimento di fini che esso non può nemmeno descrivere, per non dire giustificare. Peggio ancora, gli antiteorici deridono un'idea che non si fermano a comprendere, ma che è una caratteristica rilevante di ogni responsabile ricerca della giustizia sociale: ogni principio morale, per quanto sia compenetrato a fondo nella nostra cultura, linguaggio e prassi, può essere falso; oppure può essere vero, per quanto sia rifiutato a fondo. Non so quando il periodo antiteorico nella nostra storia intellettuale finirà la propria corsa; potrebbe aver già iniziato il suo declino, atteso da tempo. Ma non dovremmo lasciar passare nessuna affermazione centrale del suo credo senza contestarla.

- "L'indipendenza della morale".

Un'altra ragione che ho per esaminare gli argomenti di Posner in profondità è tattica. Le sue lezioni espongono un'importante questione filosofica, perché sebbene intenda mostrare che sia la gente comune sia i giudici possono fare a meno della teoria morale, le sue argomentazioni tendono progressivamente a ricadere in una teoria di questo tipo. Non riesce a vedere la contraddizione perché non riesce a riconoscere la differenza cruciale fra la filosofia morale, da una parte, la sociologia, l'antropologia e la psicologia di tipo morale, dall'altra.

Possiamo sollevare una grande varietà di questioni sui

giudizi morali in generale e su ogni proposizione morale in particolare (ad esempio la proposizione che l'infibulazione è sbagliata ovunque). Tali questioni rientrano in differenti ambiti intellettuali. Uno è quello della sociologia morale. La maggior parte della gente nel mondo concorda su importanti convinzioni morali? Altrimenti, quanto divergono le opinioni? Quanti, ad esempio, pensano che l'infibulazione sia sbagliata, e quanti che sia permessa o anche obbligatoria? Un secondo ambito appartiene all'antropologia morale. Cosa spiega meglio come gli esseri umani hanno sviluppato la disposizione a pronunciare giudizi morali intorno a ciò che è moralmente giusto o sbagliato? Hanno essi la capacità di percepire campi o particene morali speciali, o altrimenti di stabilire un contatto sensoriale con elementi morali «là fuori» nell'universo? Altrimenti, cosa spiega meglio perché le persone hanno le opinioni che hanno (perché la maggior parte delle persone in alcune culture pensa che l'infibulazione sia sbagliata, e la maggior parte in altre culture che non lo sia?). Un terzo dominio appartiene alla psicologia morale. Cosa porta le persone a cambiare le opinioni una volta formate, o a svilupparne di nuove? Quanto, ad esempio, certi argomenti o certe considerazioni possono far cambiare le opinioni sulla giustezza o no dell'infibulazione? Un quarto ambito è quello della morale stessa. L'infibulazione è moralmente sbagliata? E' sbagliata ovunque o da nessuna parte? O soltanto in culture senza certe tradizioni, certi bisogni speciali o certe circostanze? Ci sono importanti connessioni fra tali questioni e i vari ambiti, ma è di capitale importanza riconoscere che il quarto dominio è distinto concettualmente da tutti gli altri. E' certamente possibile, ad esempio, che qualcuno pensi coerentemente che la larga accettazione dell'infibulazione in alcune culture e il suo rifiuto in altre, tra cui la propria, rifletta unicamente la diversa economia e i diversi bisogni delle due società, che nessun argomento cambierà mai i punti di vista di qualcuno su quella pratica, e che essa è ovunque moralmente odiosa.

A un certo punto Posner sembra riconoscere la differenza fra i primi tre ambiti e l'ultimo. Distingue le questioni «sulla» morale, che includono i primi tre ambiti, dalle questioni «della» morale, che costituiscono il quarto, e dichiara che le

sue lezioni hanno a che fare soltanto con le prime (7). Se ciò fosse vero, le sue lezioni presterebbero assai meno il fianco alle obiezioni. Ma non è vero, perché le principali tesi di Posner, come vedremo, sono «della» e non «sulla» morale; in realtà, se fossero soltanto «sulla» morale, allora non contraddirebbero in alcun modo le opinioni dei suoi bersagli accademici, il lavoro dei quali, nella misura in cui Posner vi si oppone, è completamente fatto da questioni «della» morale. L'incapacità di Posner di distinguere tali ambiti è evidente nel corso delle sue lezioni. Fornisce pagina dopo pagina descrizioni irreprensibili della diversità morale e citazioni di note spiegazioni evoluzionistiche dell'altruismo e di altre attitudini morali. (Ma i «moralisti accademici» che sono sulla sua lista hanno realmente bisogno che sia loro ricordato, o ricordato così spesso, che società, subculture e individui hanno opinioni morali differenti? O che un facocero potrebbe ritenere bello un altro facocero, ammesso che possa concepire tali pensieri?) (8) Sembra comunque inconsapevole della necessità di mostrare in che modo ogni invenzione della sociologia, dell'antropologia o della scienza abbia relazione con la sua «tesi forte», che è una tesi di morale sostantiva, o con varie posizioni morali sostantive che egli sottoscrive, incluso il relativismo morale. Posner può presupporre (come temo facciano molti giuristi e studiosi del diritto) che i fatti sociologici e le speculazioni antropologiche che propone implichino in se stesse una certa posizione morale relativistica o antioggettivistica. Ma deve sapere che gli scrittori che critica non accettano questa implicazione e che avrebbe perciò dovuto tentare di spiegarla e difenderla. E' particolarmente strano che non senta la responsabilità di difendere il suo presupposto, perché dice che intende porre «particolare attenzione» alle mie concezioni (9), e ho recentemente pubblicato un lungo articolo che spiega perché ogni presupposto di questo tipo sia errato e perché l'unico tipo di argomentazione che potrebbe sostenere una posizione morale sostantiva, compresa quella da cui Posner dice di essere attratto, sia quello morale (10). Ho scritto quell'articolo per combattere delle confusioni sulla teoria morale che credo siano particolarmente correnti oggi nelle scuole di diritto e in alcuni altri dipartimenti universitari, e che alimentano il movimento populista antiteorico. Posner ha

letto l'articolo e lo cita (spesso in modo non corretto) (11) in diverse occasioni. Ma, sebbene ripeta gli argomenti che ho considerato fallaci, non fa alcuno sforzo di rispondere a ciò che ho detto, e neanche di riconoscerlo. Non cercherò qui di riassumere gli argomenti che ho presentato in quell'articolo, sebbene li presupponga in ciò che segue. Senza dubbio Posner crede di avere delle ragioni per rifiutare i miei argomenti, ma spero e credo che userà parte della sua replica a questa risposta per spiegare con maggiore dettaglio quali siano queste ragioni (12).

- "Che cos'è la «teoria morale»?"

Il bersaglio annunciato di Posner non è la morale, con la quale dice di non avere alcun contenzioso aperto, ma ciò che chiama «teoria morale» (13). Può darsi che pensi che anche se la morale non può essere messa in discussione da soli argomenti non morali, possa esserlo la «teoria morale». Ma se è così, la sua strategia non funziona, perché è confusa la stessa distinzione che traccia. Pensa che la differenza fra un giudizio o un ragionamento morale fatto da persone comuni e la teoria morale che attrae solo una casta di accademici sradicati, sia una differenza nel tipo. Ma questa differenza può essere difesa, ammesso che sia possibile farlo, esclusivamente come un'elusiva questione di grado.

Di solito le persone prendono il ragionamento morale come una risposta alla sensazione di incertezza o di vulnerabilità nelle proprie convinzioni morali. Molte persone hanno opinioni iniziali su questioni morali e politiche: se un feto agli stadi iniziali abbia di per se stesso diritti morali; se ci sia una differenza morale fra il rispetto da parte del medico della richiesta di un paziente di rimuovere i trattamenti di sostegno vitale e quello della richiesta di un paziente di pillole letali; se una comunità politica debba tentare di arrivare a decisioni collettive su questioni come l'aborto e l'eutanasia, e imporle a ogni cittadino attraverso il diritto, o piuttosto permettere agli individui di arrivare alle proprie convinzioni e di agire in base ad esse. Quasi nessuno, eccetto pochi filosofi che lavorano

sulla «metaetica», si preoccupa dello status filosofico di queste opinioni. Poche persone si interrogano sul fatto se le loro convinzioni sono descrizioni di fatti indipendenti dalla mente o solo proiezioni di emozioni su un mondo moralmente neutro. Però molte persone si preoccupano del fatto che le proprie convinzioni siano fondate: ritengono molto importante giungere alla verità su esse e agire in base alla percezione di questa verità. Sono, in breve, persone moralmente responsabili, e il loro interesse verso il ragionamento morale è una conseguenza naturale di questo senso di responsabilità. Vogliono riflettere su queste convinzioni e persuadersi che non siano in contraddizione con i principi o gli ideali più generali che sostengono in altre occasioni. Potrebbero certo chiedere a se stessi, ad esempio, se le loro concezioni sull'aborto presuppongano una certa posizione più generale sulla connessione fra sensibilità e interessi o diritti, e se possano onestamente sostenerla o sottoscriverne le altre implicazioni, una volta che questa posizione più generale sia esposta. O potrebbero chiedere a se stessi se le loro convinzioni sul fatto se sia corretto per uno Stato imporre a tutti un'unica concezione dell'eutanasia siano coerenti con le loro convinzioni sul fatto se sia giusto per uno Stato imporre a tutti un'unica concezione dell'aborto. Ovviamente, non voglio dire che le persone si interessano soltanto della coerenza delle loro convinzioni, come se la verità non fosse importante. Si interessano dell'integrità delle loro convinzioni perché sono desiderose di fare ciò che è giusto. E' vero che molte altre persone mostrano di non avere molta pazienza per riflessioni di questo tipo: sanno ciò che pensano e non vogliono essere turbate con dubbi o insinuazioni di essere incoerenti o prive di principi. Non vogliono alcuna «teoria» prima di votare o marciare per la guerra, e mettono in ridicolo quelli che la vogliono. Posner sta dalla loro parte, ma non dovrebbe fraintendere i motivi e i presupposti delle persone più riflessive. Presuppone che il loro unico motivo sia convincere tutti gli altri al mondo che loro hanno ragione: dice ripetutamente che il disaccordo prova che la teoria morale ha fallito (14). Ma questo è troppo drastico. Ovviamente nella vita comune, come nella filosofia accademica o nel giornalismo, le persone sperano spesso di persuadere gli altri nonché se stessi.

Ma questo fine non esaurisce sempre lo scopo della riflessione morale, e spesso non è nemmeno un suo aspetto centrale. Le persone riflessive vogliono convincere se stesse. Vogliono inoltre convincere altre persone, i cui interessi sono influenzati da quello che fanno, del fatto che stanno agendo in base a convinzioni controllate e con integrità. Così facendo tentano di spiegare le loro convinzioni in un modo che mette in luce riflessione, sincerità e coerenza, perfino quando non hanno alcuna speranza di convertire gli altri a queste convinzioni.

Le persone riflessive non vogliono nemmeno costruire un'intera filosofia morale o politica, come l'utilitarismo o una qualche variante di metafisica kantiana, prima di credere o decidere qualcosa. Piuttosto ragionano, come ho detto in altre occasioni, dall'interno all'esterno (15). Iniziano con un particolare problema concreto e con le ragioni di preoccuparsi del fatto se possano difendere la loro posizione contro chi la critica di essere arbitraria o incoerente con le loro altre concezioni e convinzioni. Il loro senso di responsabilità intellettuale, morale e professionale indica loro quanto debba essere generale la «teoria» che debbono costruire o considerare per porre a tacere questi dubbi. Quando la loro responsabilità è particolarmente grande (come per i funzionari politici) potrebbero ritenere certamente appropriato mettere a confronto le loro riflessioni con le concezioni più comprensive e sviluppate di altri, fra i quali anche filosofi morali e del diritto che hanno dedicato moltissimo tempo a interrogarsi su tali questioni. Le persone si rivolgono a queste fonti non con l'aspettativa di trovare risposte definitive - sanno che le fonti saranno in disaccordo tra loro - quanto piuttosto per controlli rigorosi delle proprie convinzioni, per delle idee nuove se trovano che le loro convinzioni abbiano bisogno di correzioni, e spesso per una guida teorica che possono seguire per rielaborare le loro opinioni costruendo convinzioni più accurate e sostenute meglio.

Ho descritto questo processo di riflessione come «ascesa della giustificazione» (16). E' impossibile per chiunque specificare in anticipo, attraverso qualche distinzione "a priori" fra «ragionamento» e «teoria», quanto dovrebbe continuare il processo di ascesa: dovrebbe continuare fino a che i problemi o i conflitti che lo hanno suggerito siano stati risolti, e questo

punto non è conoscibile in anticipo (17). Così è in linea di principio impossibile dire dove finisca il giudizio morale e dove inizi la teoria morale. Sostenere un giudizio che sembra incerto o arbitrario secondo la comune riflessione morale tracciando i suoi legami con principi, visioni o ideali più ampi è parte del ragionamento morale, non un qualcosa di diverso che vi si aggiunge, così come giocare degli "extra innings" quando una partita finisce pari dopo il nono "inning" fa parte del baseball. Inoltre, i principi e gli ideali sono stati formulati a quasi ogni livello di generalità. Includono la tesi utilitaristica generale che ogni cosa che aumenta il piacere è bene; la concezione politica della giustizia rigidamente limitata di John Rawls (18); la teoria della democrazia che ho cercato di difendere (19); la spiegazione di Thomas Scanlon del tema e del valore della libertà di parola (20); le osservazioni di Herbert Hart sulla pena nel diritto penale e le basi morali della "law of negligence" (21); le osservazioni sull'autonomia personale al centro dell'opinione congiunta dei tre giudici nel caso "Casey" sull'aborto (22); i rilievi sull'equità della responsabilità in base alle quote di mercato in parecchie opinioni giudiziarie recenti e articoli di riviste giuridiche (23); le osservazioni degli editoriali sulla separazione fra Chiesa e Stato; i rilievi al tavolo da pranzo sulla responsabilità nazionale di proteggere i diritti umani delle persone in altri paesi; le lezioni di un insegnante sugli obblighi ambientali che una generazione deve a un'altra; gli sforzi di un genitore di cambiare le opinioni di un figlio chiedendogli «come ti sentiresti se lo avesse fatto a te?». Questi esempi di «teoria» morale differiscono solo nel loro livello di generalità o di astrazione, e ogni piatta categorizzazione di un argomento morale come concreto o teorico sarebbe irrimediabilmente arbitraria. Alcuni dei «moralisti» sulla lista di Posner scrivono a livelli di astrazione relativamente alti e altri a livelli relativamente bassi; se li mette tutti indistintamente sullo stesso piano aggrava soltanto l'arbitrarietà della sua posizione. Non ha colto né la complessità dei motivi che animano il ragionamento morale né la complessità dell'interazione fra la riflessione e la convinzione come fenomeni morali.

- "La tesi «forte»".

La tesi «forte» di Posner sostiene che nessuna teoria morale può fornire una «base solida» per un giudizio morale (24). Questa tesi è essa stessa, ovviamente, un giudizio morale di tipo teorico e globale, dato che la questione se ogni tipo di affermazione morale fornisca una «base solida» per un'altra è essa stessa una questione morale. E' una questione morale, ad esempio, se un principio che condanna la discriminazione razziale fornisca una base solida per condannare l'"affirmative action": ciò dipende dal fatto se il principio è fondato, da come è meglio interpretato, e se, una volta che venga così interpretato, ha quella conseguenza.

Tali questioni morali devono essere attentamente distinte dalle questioni empiriche che occupano gran parte delle lezioni di Posner, perché queste ultime hanno soprattutto relazione col problema psicologico se la difesa teorica di ogni giudizio morale, in particolare di un giudizio formulato da chi insegna all'università, possa persuadere qualcun altro a cambiare una propria convinzione contraria. Si tratta chiaramente di un'altra questione: è del tutto coerente che qualcuno ribadisca che particolari principi morali (ad esempio, quelli al centro di una tradizione religiosa impopolare) sono assolutamente veri e forniscono in realtà una «base solida» per un'ampia varietà di affermazioni più concrete su diritti e doveri morali, eppure ammetta lo stesso che è estremamente improbabile che qualcun altro possa essere condotto a vedere la verità di quei principi o ad accettarli come una base per quei giudizi più concreti. Posner potrebbe dunque difendere la sua tesi forte solo con una sua teoria morale sostantiva. Una teoria del genere è il nichilismo morale, secondo il quale niente è giusto o sbagliato in senso morale; il nichilismo giustificerebbe ovviamente la tesi che nessun argomento teorico può fornire una buona ragione per pensare che un atto sia giusto o sbagliato. Ma Posner nega di essere un nichilista (25).

Presenta invece se stesso come un «relativista» morale il quale crede che ci siano affermazioni morali valide, quelle cioè che soddisfano «i criteri per pronunciare un'affermazione morale valida» (26). Questi criteri sono «locali, cioè sono relativi al codice morale della particolare cultura in cui il

codice morale è proposto» (27). In realtà, come vedremo (28), Posner non ha successo nello stabilire una versione coerente di tale relativismo. Ma ciò non è importante adesso, perché la sua tesi forte non potrebbe essere giustificata nemmeno da una forma di relativismo minimamente plausibile, intesa come una teoria morale sostantiva e non solo come un pezzo di sociologia morale (qui irrilevante). Se il relativismo fosse vero, allora, insieme a una informazione generale sul «codice morale di una particolare cultura», fornirebbe una «base solida» per le affermazioni morali entro una determinata cultura. In realtà, molti filosofi e giuristi accademici bersagli di Posner formulano argomenti che molti relativisti accetterebbero come base per almeno una parte di ciò che i filosofi sostengono. Ad esempio, John Rawls dice spesso che i suoi argomenti mostrano le implicazioni di principi e ideali latenti nella cultura pubblica delle democrazie moderne (29). Anche i miei stessi argomenti sul diritto costituzionale interpretano una particolare cultura politica (30). Ovviamente, né Rawls, né io, né nessun altro nella lista di Posner siamo relativisti morali secondo ogni plausibile interpretazione di questa dottrina, ma un relativista non negherebbe che almeno alcuni dei nostri argomenti forniscono una «base solida» per giudizi morali discreti (31).

Posner, dunque, non offre alcuna difesa della sua tesi forte. La maggior parte delle sue lezioni sono sviluppate intorno a una tesi differente (ma anche ben poco plausibile): che nessun argomento o teoria morale generale possa persuadere qualcuno ad accettare un giudizio morale che inizialmente rifiuta. Sono d'accordo che nessun argomento morale possa persuadere qualcuno a meno che esso non trovi un appiglio nella sua immaginazione. Ma l'immaginazione può assumere forme differenti, e le immaginazioni di molte persone includono un'aspirazione all'integrità etica e morale. Vogliono che le loro vite mostrino le proprie convinzioni, e vogliono che le loro convinzioni siano vere. Questo solo è sufficiente a spiegare come differenti livelli di riflessione, anche differenti tipi di teoria morale accademica, possano avere un impatto su di loro. Alcune persone vogliono più dell'integrità: vogliono una concezione di come vivere (e di come vivere insieme) che li possa ispirare nonché giustificare, e questo desiderio spiega

perché la migliore filosofia morale sia sopravvissuta per secoli e perfino millenni.

E' parte della nostra saggezza popolare, così come dell'opinione di storici straordinari, che le idee finiscano per smuovere montagne ed eserciti. Posner non offre alcun riscontro empirico del contrario. Cita versioni sommarie di alcune storie "ad hoc" dalla biologia evoluzionistica di moda. Ma che il senso morale abbia un valore di sopravvivenza nelle nostre specie difficilmente mostra che quel senso morale non includa un'ambizione di integrità e coerenza: potrebbe altrettanto facilmente suggerire il contrario. Posner presenta le proprie riflessioni su come e perché la formazione di tutti i giuristi e filosofi accademici nelle università occidentali (la personalità, i contesti, le storie, il temperamento, lo stile letterario e le strategie argomentative dei quali sono diversissimi tra loro anche dentro una stessa università) li renda in certo modo inadatti, come gruppo monolitico, alla persuasione morale. E fa notare che qualche persona colta si è resa colpevole di crimini morali.

Questo non funziona. Se fosse possibile fornire un buon resoconto generale dell'impatto dell'argomentazione o della teoria morale sulla condotta e sulle credenze, esso sarebbe straordinariamente complesso e sottile. Distinguerebbe fra un impatto immediato e uno ritardato; registrerebbe la varietà dei modi in cui il secondo potrebbe essere mediato attraverso le varie istituzioni di cultura popolare; terrebbe conto della qualità dell'argomentazione, nonché della capacità e della reputazione dell'argomentante; e metterebbe in luce le migliaia di altre variabili culturali e psicologiche da cui dipenderebbe un impatto di questo tipo. «Un'argomentazione morale ha mai cambiato la mente delle persone?» è, in poche parole, una domanda molto poco strutturata, e ci vorrebbe un gran lavoro per renderla rispettabile. Anche così, possiamo rifiutare tranquillamente entrambe le risposte alla domanda pura e semplice, cioè «Sempre» e «Mai». Solo un ottimista enormemente stupido potrebbe pensare che buone argomentazioni morali sconfiggono sempre l'autointeresse iniziale o le inclinazioni contrarie. Solo un cinico dogmatico potrebbe ribadire che le argomentazioni morali non fanno mai alcuna differenza, indipendentemente dalla loro bontà o da

quanto sia mediato l'impatto. Posner sembra tentato dalla seconda opinione, ma non offre nulla per mostrarcene il motivo se non un po' di razionalismo psicologico "a priori" e qualche aneddoto.

- "La tesi «debole»".

La tesi debole di Posner sostiene che qualunque sia la forza che la teoria morale possa avere nella vita comune o nella politica, i giudici dovrebbero ignorarla, perché hanno a disposizione strumenti migliori per i loro fini particolari (32). Ancora una volta Posner ignora l'indipendenza della morale. Se ai giudici non è richiesto di prendere decisioni morali nel decidere di casi difficili, allora ovviamente non è richiesto loro di consultare la teoria morale. Ma se sono davvero di fronte a problemi morali, sarebbe un errore categoriale dire a un giudice di risolverli attraverso la storia, l'economia o qualsiasi altra tecnica non morale, come sarebbe suggerire a qualcuno che ha problemi con l'algebra di tentare con un apriscatole.

Posner spera di convincerci che i giudici non si confrontano con questioni morali. In un articolo recente mi ha accusato di ignoranza perché ho supposto che i giudici siano interessati a questioni di equità (33). Ho replicato citando diverse discussioni sull'equità nelle opinioni giudiziarie nell'area di diritto che stavo discutendo e nella letteratura delle riviste giuridiche che discutevano tali opinioni (34). (Avrei potuto anche citare uno studio del 1991 su decisioni di responsabilità sui prodotti, le cui conclusioni erano che «l'equità è stata sviluppata con una frequenza del 18 per cento in più rispetto all'efficienza, e controllata nelle decisioni con una frequenza del 24 per cento in più») (35). All'inizio delle sue lezioni Posner ripete la sua tesi: dice che la teoria morale non «si accorda con le effettive questioni in discussione» (36). Molto dopo, comunque, modifica il suo attacco. Ammette che «può sembrare che un giudice sia immerso nell'ambito della teoria morale» (37), ma ribadisce che uno studio attento dei verbali mostrerà che io (e presumibilmente tutti gli studiosi che ho citato) si sono ingannati nel pensare che i giudici usino i

termini morali in senso morale.

Ma in quale altro modo li "potrebbero" usare? Egli non lo dice e indebolisce il suo suggerimento che i giudici usino i termini morali in modi non morali subito dopo averlo proposto, quando spiega perché i giudici si appellino così spesso alla moralità. Lo fanno, dice, «per impressionare» al fine di «parlare un linguaggio che i laici [...] è più probabile che comprendano» e, infine, perché c'è «una considerevole sovrapposizione fra diritto e morale» (38). Tutte queste spiegazioni presuppongono ovviamente che i giudici usino i termini morali nello stesso senso in cui li usiamo sia io che voi, cioè per riferirsi a concetti morali. Subito dopo queste ammissioni apparentemente decisive, Posner va all'offensiva. Accusa «Dworkin e i suoi alleati» di tentare di portare il diritto in accordo, sotto ogni aspetto, con ciò che riteniamo richiedere la legge morale, e ci accosta, simpaticamente, ai fondamentalisti afgani che decapitano le persone che offendono il diritto religioso islamico (39). Ma ovviamente nessuno deve sottoscrivere l'assurda tesi che il diritto dovrebbe applicare tutti e solo gli obblighi morali per pensare che le convinzioni morali qualche volta - o anche spesso - siano rilevanti nel decidere cosa è il diritto.

In seguito Posner cerca di mostrare che certi casi della Corte Suprema che ho discusso non sollevano alcuna questione morale. Ma i suoi esempi mostrano il contrario. Dice ad esempio che nei casi di suicidio assistito i giudici della Corte Suprema «hanno scansato le questioni filosofiche» che «la memoria redatta dai filosofi» aveva discusso (40). Le principali tesi morali di quella memoria erano, in primo luogo, che individui sul punto di morte hanno, in linea di principio, un diritto a decidere loro stessi come morire, e, in secondo luogo, che anche se il riconoscimento di quel diritto incrementasse in qualche misura il rischio che altri pazienti sarebbero spinti a scegliere la morte contro la loro volontà, tale incremento non giustificerebbe il rifiuto di riconoscere quel diritto. Nessuno dei giudici ha «scansato» entrambe queste tesi (tre di loro hanno deciso contro la nostra posizione riguardo alla prima e cinque riguardo alla seconda) (41).

Posner dice che la Corte Suprema ha «scansato le questioni morali» anche nel caso "Roe v. Wade", e aggiunge, in questo

contesto, che «tutto il problema è che le corti non sono capaci di ponderare i 'costi morali'» (42). (Tale commento segue una critica fuorviante ma rivelatrice di un argomento che ho proposto riguardante i «costi morali» di un riconoscimento ritardato del diritto all'aborto) (43). Ma la Corte non ha «scansato» - non avrebbe potuto - il problema morale se gli Stati dovrebbero rispettare l'autonomia individuale nelle questioni di morale personale. (Tale problema è stato anche più evidente nelle opinioni di vari giudici in un successivo caso di aborto, il "Casey") (44). La Corte, inoltre, non avrebbe potuto raggiungere la sua decisione in favore dell'autonomia senza aver anche deciso un'ulteriore questione morale: che un feto nei primi stadi non ha interessi propri che gli diano diritto a una tutela costituzionale; perché un problema non può essere strutturato in termini di autonomia individuale se sono in gioco diritti fondamentali altrui. (La Corte non avrebbe sostenuto, dopotutto, che una madre ha il diritto di decidere da sola se uccidere il suo neonato.) Non c'è alcun dubbio che in casi di aborto la Corte abbia deciso il problema morale se un feto sia una persona con interessi e diritti costituzionali propri. In realtà, in diversi punti Posner ammette che i giudici che decidono grandi questioni costituzionali prendono spesso decisioni controverse di carattere morale; anzi dichiara che lo dovrebbero fare, e dice loro perfino su quali teorie morali si dovrebbero basare. Ad esempio, presenta un argomento morale per spiegare come avrebbe deciso i casi di suicidio assistito: la Corte Suprema avrebbe dovuto sostenere le leggi contro il suicidio assistito perché, dato l'equilibrio di potere in questione nella nazione, i valori della democrazia sono meglio serviti consentendo che la battaglia sull'eutanasia sia combattuta nella politica ordinaria. Ovviamente, Posner deve nascondere il suo richiamo alla teoria morale, e lo fa in una maniera sorprendente. Dichiara che le convinzioni sulla morale politica, incluse le proprie convinzioni sugli impegni propri di una democrazia, non sono giudizi morali: sono solo, dice, affermazioni «sul processo politico o giudiziale» (45). (Asserti simili sulla differenza fra tesi «moral» e «politiche» sono disseminate lungo tutto il suo saggio) (46). Ma queste convinzioni non sono «politiche» in alcun senso descrittivo. Sono affermazioni normative su come dovrebbero funzionare

le istituzioni politiche e giudiziarie. E non sono normative in senso strategico, come Posner sostiene qualche volta: non sono giudizi su come conseguire nel modo migliore uno scopo stabilito, quanto piuttosto affermazioni assai controverse su quali fini dovrebbero essere perseguiti. Sono giudizi morali su come i poteri del governo dovrebbero essere distribuiti ed esercitati, e quando questi poteri dovrebbero essere limitati per rispetto ai diritti morali individuali, se mai lo saranno (47).

La discussione di Posner della segregazione razziale è inficiata ancor di più dal bisogno di camuffare i suoi riferimenti alla teoria morale. Prima dichiara che le argomentazioni che le corti hanno usato (e altri che dice avrebbero dovuto usare) erano effettivamente «non-morali» (48). Ad esempio, dice che la Corte nel caso "Brown" ha fondato il suo giudizio sulla scoperta «non-morale» fatta dagli psicologi «che la segregazione indeboliva l'autostima» dei neri (49). Ma questo argomento «non-morale» presuppone che i neri siano politicamente uguali ai bianchi e meritino uguale rispetto, e nella stessa discussione dichiara che questo presupposto è stato, nel 1954, un'affermazione morale molto controversa (50). Poi tenta una tattica differente: dice che alcuni dei principi morali che la Corte ha citato non erano dopotutto realmente controversi, ma solo parte dello «sfondo» condiviso del caso "Brown", come i fatti relativi a quest'ultimo (51). Tuttavia propone come esempio il principio che «il governo dovrebbe avere una buona ragione [...] per allocare benefici e oneri sulla base della razza» (52), e, come ha appena ammesso, era certamente controverso se i neri fossero politicamente inferiori ai bianchi, e dunque se la loro inferiorità fosse «una buona ragione» per segregarli sulla base della loro razza. Infine sembra abbandonare del tutto la sua affermazione che i giudici dovrebbero evitare di pronunciare giudizi morali controversi in casi costituzionali; e consiglia loro piuttosto di non rendere noto che lo stanno facendo. Dice che la Corte Suprema fu «insincera» nella sua decisione sul caso "Brown", ma che la sua linea fu più saggia che imbarcarsi in una discussione di morale politica (53). Aggiunge che l'opinione della Corte sarebbe stata anche più efficace - e più «onesta» - se avesse semplicemente dichiarato che «ognuno sa» che «la clausola di "equal protection" era in un certo senso

indirizzata a, o che avrebbe dovuto essere usata per, prevenire» la segregazione razziale nelle scuole e in altri luoghi pubblici (54). Questa sarebbe stata certamente una menzogna (i giudici erano consapevoli che numerosi giuristi autorevoli non «sapevano» che la clausola di "equal protection" «era in un certo senso indirizzata a, o che avrebbe dovuto essere usata per, prevenire» la segregazione) e non è chiaro come questa menzogna avrebbe contribuito all'«onestà».

E' ancora meno chiaro perché Posner pensi che sarebbe stato meglio per la Corte rifiutarsi di difendere questa proposizione, avendo annunciato che la segregazione ufficiale è in contrasto con la pari cittadinanza. La Corte non avrebbe trovato necessario, dopotutto, pubblicare una dissertazione sul problema se una concezione kantiana dell'uguaglianza umana fondamentale sia superiore a una benthamiana, o su qualsiasi altro argomento filosofico analogo. Sarebbe stato sufficiente soddisfare i requisiti di responsabilità politica e intellettuale perché la Corte potesse esporre un qualche principio che identifica il tipo di uguaglianza che si ritenga incarni la clausola di "equal protection", un principio che i giudici farebbero bene ad accettare nelle altre sue implicazioni. Possiamo costruire facilmente un principio del genere, sebbene non avrebbe potuto esser approvato dalla Corte del caso "Brown". La clausola di "equal protection" impedisce vincoli o istituzioni giuridiche giustificabili soltanto in base al fatto che alcuni cittadini sono inferiori ad altri, o che le loro sorti non hanno uguale trattamento, e la segregazione razziale ufficiale non può essere giustificata adeguatamente sulla base di alcun'altra supposizione. (Credo che di fatto la Corte si sia mossa verso questo principio, un po' per volta, fra i casi "Brown" e "Romer") (56). Ovviamente non è un principio che si impone da sé: deve essere impiegato un argomento per giustificare ognuno dei suoi aspetti, inclusa la sua applicazione alla segregazione scolastica. Questo è solo per dire, comunque, che il giudizio morale, come compare anche nel giudizio costituzionale, è intrinsecamente aperto e controverso. Posner preferirebbe che le decisioni giudiziarie fossero basate su algoritmi o sulla scienza, così che potrebbero essere sempre, nel senso speciale del termine da lui adoperato, «risolte» col consenso. Ma, nel bene e nel male, i giudici si trovano di fronte

a questioni morali, e separarle dalla teoria morale non può trasformarle in questioni matematiche o scientifiche.

- "Il nuovo pragmatismo".

Se ho ragione, Posner non ha fornito alcun argomento né per la sua tesi «forte» che la teoria morale non dia fondamento ai giudizi morali, né per la sua tesi «debole» che i giudici possono e dovrebbero evitare la teoria morale. Al contrario, nonostante numerosi ma contraddittori sforzi per dissimularlo, si richiama continuamente alla teoria morale. Dobbiamo perciò tornare alla mia questione iniziale. Se i suoi argomenti sono così cattivi, cosa spiega la sua fiera ostilità al «moralismo accademico»? Mettete da parte la sua affermazione ironica che l'età ha diminuito la sua capacità di fare teoria e quindi i suoi gusti verso di essa (56). (Non ho alcuna predilezione per la premessa di questa spiegazione.) Forse la risposta sta solo nel temperamento. William James descrive la persona che definisce "amateur" filosofico, come colui che vuole essere allo stesso tempo «di atteggiamento idealista» ["tender-minded"] e «realista» ["tough-minded"], combinando così atteggiamenti contraddittori (57). Forse dovremmo essere contenti di notare la stessa inclinazione in Posner, sebbene voglia stipare insieme sentimenti non da idealista e realista, ma da realista, e del tipo più pervicace.

Ma ho accennato a una spiegazione diversa che ora voglio indagare. Le affermazioni di Posner, ho ribadito, potrebbero essere sostenute solo mettendole in relazione a una sua ampia teoria morale sostantiva. Forse Posner è in realtà mosso da una teoria del genere. Se è così, non è la teoria che abbraccia esplicitamente in queste lezioni. Dice di essere un «relativista morale», che crede che «i criteri per pronunciare un'affermazione morale valida siano locali, cioè relativi al codice morale della particolare cultura in cui l'affermazione è formulata» (58). Ma è difficile prendere seriamente quest'autodescrizione se non come un camuffamento, e ciò per varie ragioni.

Per prima cosa, il suo resoconto del relativismo morale

produce subito una contraddizione. Se il codice morale della Cina richiede un aborto ogni volta che una madre di due bambini rimane incinta e il codice dell'Irlanda proibisce l'aborto in ogni circostanza, allora, secondo la definizione di Posner, i cinesi fanno una affermazione morale «valida» quando dicono che chiunque in Cina o in Irlanda ha il dovere di abortire in certe circostanze, e gli irlandesi fanno pure una affermazione morale «valida» quando dichiarano esattamente l'opposto per i popoli di entrambi i paesi. Forse intende dire «in cui la condotta ha luogo», piuttosto che «in cui l'affermazione è formulata». In base a questa interpretazione, i parlanti cinesi e irlandesi non hanno bisogno di contraddirsi gli uni con gli altri: ognuno può dire che tutte le donne hanno il diritto di obbedire al codice della propria comunità. Allora un parlante irlandese che accetti il relativismo, così definito, dovrebbe essere d'accordo che le donne cinesi non fanno niente di sbagliato quando abortiscono. Ma Posner dice di rifiutare la versione «volgare» del relativismo che ha questa conseguenza (59). La confusione aumenta, inoltre, una pagina dopo quando dichiara la sua simpatia per ciò che chiama «soggettivismo» morale: chi rifiuta il codice morale della propria comunità, dice, non è, dopotutto, «moralmente ingiusto», perché non ci sono «verità morali transculturali» (60). Ma un relativista, come Posner ha appena definito questa concezione, nega che abbiamo bisogno di verità morali «transculturali» per produrre giudizi morali «validi». Può darsi che Posner avverta di essersi contraddetto, perché aggiunge che in realtà intende che le norme morali valide sono relative non a una comunità di persone, ma a un singolo individuo (61). Ma appena una pagina prima negava di essere «un relativista morale nel senso per cui 'ogni cosa va bene', senso più accuratamente descritto come soggettivismo morale» (62). Questo sembra, comunque, essere esattamente il senso in cui più tardi dice espressamente di "essere" un relativista: dichiara che non vorrebbe, dopotutto, chiamare immorale chi ha creduto «sinceramente» che era giusto uccidere i bambini (63). (Questa opinione, a sua volta, sembra contraddire nettamente un'altra posizione che ha recentemente annunciato in altro luogo: «non sostengo - dice - che se qualcuno mi dice che andava bene torturare i bambini tutto ciò che potrei dire, in replica, era che io ero in disaccordo

ma che ogni persona ha diritto alla propria opinione») (64). Il buio diventa totale più oltre nella sua lezione, quando il «relativista» dichiara:

"Un principio morale può essere incrollabile in questo momento senza essere «giusto». Il fatto che nessuno in una società abbia messo in discussione, poniamo, il tabù contro il matrimonio interrazziale non rende quel tabù moralmente giusto. Pensarlo significherebbe abbracciare un relativismo volgare: l'idea che l'accettazione da parte di una società di un principio morale renda quel principio moralmente giusto" (65).

Si ricordi che Posner ha annunciato solo poche pagine prima che «i criteri per pronunciare un'affermazione morale valida sono [...] relativi al codice morale della particolare cultura in cui l'affermazione è formulata» (66). Non è la stessa concezione che ora dichiara «volgare»?

Tutto ciò rende scusabile pensare che Posner sia effettivamente mosso da un «orientamento morale» differente da ognuno di quelli che ha formalmente sostenuto. Lo mostra di sfuggita quando dichiara che «il relativismo sostiene una concezione "adattazionista" della morale, nella quale la morale è giudicata - in modo non-morale, nel modo in cui un martello potrebbe essere giudicato più o meno adatto alla sua funzione di piantare i chiodi - dal suo contributo alla sopravvivenza della società, o ad altri scopi di essa» (67). Potremmo essere tentati di rifiutare subito questa asserzione: come può una concezione «adattazionista» della morale essere non-morale? Non possiamo valutare una morale chiedendoci se essa aiuta una società a «sopravvivere», perché la morale che una società adotta determinerà quasi sempre non se la società sopravviva, ma il modo in cui lo fa. Né è di aiuto il riferimento agli «altri scopi». Se non fosse controverso entro una certa società quali sono i suoi «scopi» (se fosse stabilito, ad esempio, che dovesse tendere a massimizzare la sua ricchezza aggregata secondo una qualche misura specificata di ricchezza) allora potrebbe essere adatta l'analogia del martello. Ma ovviamente ciò non è senza controversie per la nostra comunità: al contrario, gli argomenti più laceranti sono quelli su quali scopi dovremmo perseguire (ad esempio, dovremmo mirare a essere ricchi a costo di una

forte disuguaglianza?). In questo modo «non-morale» sembra come un fischio nella notte: se Posner completa la sua «concezione adattazionista» dichiarando quali scopi ritiene appropriati, ha solo offerto, in forma barocca, una teoria morale standard, e se non lo fa, non ha detto niente del tutto. Nella sua (migliore) gioventù, Posner aveva cercato di difendere un particolare suggerimento sugli scopi che dovremmo perseguire collettivamente, e non si era fatto scrupolo di definire il suo suggerimento una teoria morale. Il nostro scopo, diceva, dovrebbe essere quello di rendere la nostra comunità mediamente più ricca (68). Ora riconosce, evidentemente, di aver commesso un errore (69), ma non presenta alcuna descrizione sostitutiva degli scopi sociali adeguati.

Fin qui, questo assomiglia al dilemma standard del pragmatismo. I pragmatisti sostengono che ogni principio morale deve essere valutato unicamente in relazione a uno standard pratico: adottare quel principio aiuta a rendere migliori le cose? Ma se precisano ogni particolare scopo sociale - ogni concezione di quando le cose sono migliori - indeboliscono la loro tesi, perché quello scopo sociale non potrebbe essere giustificato in modo strumentale senza entrare in un circolo vizioso. Così, tipicamente, essi evitano di dire cosa significhi rendere migliori le cose: Richard Rorty e gli altri capi delle schiere dell'antiteoria di Posner sembrano ritenere, contrariamente a tutta l'esperienza politica, che è ovvio a tutti quando una situazione stia migliorando, o, con una parola che ritengono utile, se una particolare strategia «funzioni» (70). Ma i disaccordi morali includono necessariamente il disaccordo su ciò che vuoi dire «funzionare». Attivisti «pro-vita» o «pro-scelta», ad esempio, darebbero una versione molto differente di quale forma di regolazione dell'aborto «funzioni». Così il pragmatismo morale è sembrato a molti critici una teoria vuota: incoraggia sforzi volti in avanti alla ricerca di un futuro che rifiuta di descrivere.

La moda della biologia morale darwiniana potrebbe sembrare offrire una nuova speranza ai pragmatisti, dato che il pragmatismo è sufficientemente "laissez faire". Supponete di essere persuasi che attraverso l'evoluzione gli esseri umani siano arrivati a sviluppare attitudini e disposizioni che li

abbiano aiutati non solo a sopravvivere, ma anche a fiorire. Potremmo allora avere fiducia non nella nostra capacità di identificare norme e attitudini appropriate, ma nella capacità della natura di farlo attraverso la selezione naturale o un qualcosa di analogo. Non abbiamo bisogno di dire, cioè, che sappiamo cosa è meglio per noi e per le nostre comunità; abbiamo bisogno solamente di aver fede nel processo che ha reso "naturali" in differenti comunità certe inclinazioni, attitudini, simpatie e disposizioni. Non abbiamo bisogno di stabilire quali scopi dovremmo perseguire collettivamente, o cosa conti come un miglioramento, certamente non nei particolari richiesti da una teoria al riguardo. Possiamo dire, invece, che le inclinazioni naturali devono essere considerate sagge, e appropriati gli scopi verso i quali esse ci dirigono, a meno che ovviamente non si sia convinti che i nostri presupposti inconsapevoli siano basati su una informazione fattuale falsa.

Potremmo chiamare questo atteggiamento delineato in via approssimativa «pragmatismo darwiniano». E' importante capire che, in fondo, è un atteggiamento morale sostantivo e non-strumentale, perché presuppone che certi tipi di vita umana e certe forme di società umana siano intrinsecamente superiori alle altre. E' strumentale solo nel senso che propone degli scopi particolari - una combinazione di ricerca fattuale e di quietismo sotto altri aspetti non interventista - per identificare e raggiungere quegli stati. Questo strumentalismo non avrebbe alcun senso (sarebbe una sterile tautologia) se non ci fosse l'ulteriore presupposto che ci sono stati di vita e di società umane intrinsecamente superiori che la natura deve scoprire, cioè, che questi stati non sono «superiori» soltanto perché sono ciò che produce la natura, corretta solo per gli errori fattuali.

Il presupposto che il pragmatismo darwiniano sia la tacita e intuitiva convinzione di Posner dissolve tutti i misteri di cui parlavo. Spiega la sua riluttanza a condannare come immorale tutto ciò che è naturale e spontanea espressione di convinzioni morali genuine. Spiega la sua attrazione per i racconti dei biologi di come sono sorti l'altruismo e la morale. Spiega perché sia un relativista morale così volubile. E' fortemente attratto dallo spirito del relativismo, che ci insegna a rispettare

i codici morali in vigore, ma non dalla sua condanna del nostro impulso naturale a definire sbagliati i codici morali che differiscono dal nostro. E' inoltre restio a denunciare come immorali coloro che si ribellano alla morale: anche la loro ribellione è naturale, e, come ribadisce, può avere un valore darwiniano. («In realtà - dice - noi abbiamo bisogno di alcuni immoralisti, o almeno di amoralisti» (71). Ovviamente, le vittime degli immoralisti o degli amoralisti non hanno bisogno di loro. Il «noi» in questione è la razza umana, che si sta ancora evolvendo e ha bisogno di mutazioni a questo scopo.) L'ipotesi spiega perché Posner vuole che la «élite» dei giudici usi il suo potere costituzionale per abbattere ciò che la offende in modo viscerale - ciò che non può «digerire» - ma non per tentare di indebolirlo con un pallido abbozzo di teoria (72). Spiega perché improvvisamente abbandoni il suo relativismo quando dichiara che codici morali «incrollabili» non possano stabilire che cosa è moralmente giusto: la concezione opposta bloccherebbe il tipo di processo «adattazionista» che ritiene l'unico vero progresso. Spiega perché resista ad ogni scetticismo e cinismo sulla morale: capisce che la morale ha la sua forza naturale ed evoluzionistica solo fino a quando essa "si percepisce" come morale. Così dichiara che c'è una «questione di fatto» locale riguardo le affermazioni morali, come c'è riguardo alla temperatura di una particolare città, e che è un «tipo» di realista morale (73). Ma è allo stesso tempo diffidente di ogni giustificazione che non sia strumentale per la morale che le persone creano, e così, pagine dopo, ribadisce che non sta «scivolando dentro» lo stesso realismo che abbraccia qui (74). Il pragmatismo darwiniano aiuta inoltre a spiegare la sua profonda ammirazione per Oliver Wendell Holmes, il cui saggio "The Path of the Law" ha imbarazzato i filosofi del diritto ansiosi di incasellare questo giudice, ma che va interpretato nella maniera migliore, come il titolo suggerisce, come una celebrazione dell'inesorabile colata lavica della natura che scava il suo cammino nella storia (75).

L'ipotesi darwiniana spiega, soprattutto, la distinzione che abbiamo trovato prima così problematica fra un ragionamento morale «ordinario» spontaneo, da una parte, e il moralismo accademico, dall'altra. Posner è ansioso di proteggere ciò che lo colpisce come naturale, e «inconsapevole» significa per lui

«naturale». E' altrettanto ansioso di scansare ogni cosa che non puzzi di natura ma di lume dell'intelletto: pensa che la teoria accademica sia innaturale, interventista, scritta da persone che non hanno mai vissuto realmente, e (comunque possa dichiarare la sua innocuità) alla fine pericolosa (76). Richiede la morte della teoria morale, ma come tutti quelli che ci spiegano cosa dovrebbe essere la filosofia, vuole solo il trionfo della propria teoria. Difatti le sue argomentazioni mostrano l'opposto di ciò che intendeva: mostrano che la teoria morale non può essere eliminata, e che la prospettiva morale è indispensabile, perfino per lo scetticismo o il relativismo morale. Posner stesso è retto da una fede morale inarticolata, sotterranea, poco attraente, ma implacabile.

- "Appendice. Il pragmatismo e il caso «Bush v. Gore»".

La difesa di gran lunga più popolare della decisione della Corte Suprema nel caso "Bush v. Gore" è che la Corte ha salvato la nazione da un altro, forse lungo, periodo di contese giuridiche e politiche e di continua incertezza su chi sarebbe stato il futuro presidente. Sulla base di questa concezione, i cinque giudici conservatori sapevano che non avrebbero potuto giustificare la loro decisione su basi giuridiche, ma hanno deciso, eroicamente, di pagare il prezzo del danno alla loro reputazione come giuristi al fine di salvare la nazione da queste difficoltà. Per riprendere la stessa espressione che qualche volta è stata adoperata, hanno «cavato il dente» a beneficio di tutti noi. In un libro di commenti sull'elezione e la decisione della Corte che ho curato, Richard Posner, con l'incisività e il vigore che gli sono caratteristici, ha esposto gli argomenti per questa concezione più chiaramente di chiunque altro (77).

Posner dice che almeno certe volte i giudici dovrebbero assumere un approccio «pragmatico» al loro lavoro e prendere le decisioni che credono avranno i migliori risultati nel complesso, anche se non sono decisioni che la dottrina giuridica precedente autorizzerebbe. Questo approccio pragmatico, ritiene, avrebbe raccomandato di decidere il caso

"Bush v. Gore" come hanno fatto poi i conservatori; Posner assimila la loro decisione al disprezzo della Costituzione da parte di Abraham Lincoln nel sospendere l'"habeas corpus" durante la Guerra Civile e, per citare una situazione più infausta, alla decisione della Corte Suprema di permettere l'internamento dei giapponesi-americani durante la seconda guerra mondiale (78). Non pensa, comunque, che il pragmatismo giuridico dovrebbe essere riservato a emergenze eccezionali come una guerra su larga scala: al contrario, evoca il pragmatismo giuridico come uno stile generale di sentenza, appropriato per i giudici tanto nei casi quotidiani quanto nelle emergenze costituzionali. Dovremmo perciò esaminare le sue asserzioni formali di cosa sia e cosa significhi il pragmatismo. Ne ho presa una dal suo libro precedente:

"«Pragmatico» come aggettivo riferito a qualsiasi cosa che ha a che fare col processo giudiziale dà ancora i brividi. Sembra spalancare prospettive di ostinatezza e soggettività giudiziali e prendersi gioco del principio di legalità. Sembra equiparare il diritto alla prudenza, e così essere machiavellico. Comunque, tutto ciò che è necessario significhi un giudizio pragmatico (tutto ciò che intendo con esso) è un giudizio guidato dal confronto tra le conseguenze di soluzioni alternative del caso piuttosto che da un algoritmo teso a condurre i giudici all'Unica Decisione Corretta tramite un processo logico o in qualche altro modo formale, utilizzando solo i materiali canonici del prendere decisioni giudiziarie, come un testo legislativo o costituzionale e le opinioni giudiziarie precedenti. Il pragmatista non crede che ci sia o che ci dovrebbe essere alcun algoritmo del genere. Considera il giudizio, specialmente quello costituzionale, come uno strumento pratico di ordine sociale e crede perciò che la decisione con le migliori conseguenze per la società sia quella da doversi preferire" (79).

Nella sua discussione del caso "Bush v. Gore", Posner inserisce questa discussione in un contesto filosofico più complesso. Distingue il pragmatismo «di ogni giorno», che è l'approccio consequenzialistico, «a muso duro», costi-benefici, al ragionamento giuridico descritto nel capoverso appena

citato, da due forme di pragmatismo più filosofico: l'«ortodossa» e la «dissidente» (80). Il giudice, che è un pragmatista in questo senso quotidiano e consequenzialistico, non disprezza l'argomentazione giuridica precedente e tecnica: al contrario, è consapevole, e tiene conto, sia delle conseguenze buone che derivano dal rispetto giudiziario sistematico per l'argomentazione e la dottrina giuridica tradizionale, che includono l'incoraggiare le persone a pianificare i loro affari con fiducia, sia delle conseguenze cattive che potrebbero derivare dall'ignoranza del giudice in certe occasioni della dottrina tradizionale, che includono il deludere tali aspettative e l'indebolire il beneficio generale del loro rispetto sistematico. Ma il giudice pragmatico è anche consapevole dei pericoli di una deferenza servile al ragionamento giuridico ortodosso: sa che in alcune circostanze può conseguire conseguenze migliori, anche a lungo termine, col giungere alla decisione che produrrà qualche beneficio importante o eviterà qualche danno particolarmente grave, anche se questa decisione va contro la dottrina stabilita. Così il giudice pragmatico deve equilibrare i benefici a lungo termine del rispettare la dottrina con i benefici a lungo termine dell'ignorarla di volta in volta. Come dice Posner, «non c'è alcun algoritmo per raggiungere questo equilibrio [... il giudice] dovrebbe cercare di prendere la decisione ragionevole, una volta considerato tutto, dove 'tutto' include i materiali giuridici standard [...] ma anche le conseguenze della decisione nel caso in questione, nella misura in cui possono essere individuate» (81).

Nel caso "Bush v. Gore", dice Posner, la Corte Suprema doveva raggiungere questo equilibrio. Produrrebbe «le conseguenze migliori per la società» nel lungo periodo seguire il precedente e la dottrina, che consigliano di respingere l'appello di Bush e perciò di consentire che continui il riconteggio della Florida, oppure adottare un argomento giuridico poco persuasivo al fine di fermare il nuovo conteggio così da consentire a Bush di diventare subito il presidente "in pectore"? Era prevedibile, dice, che se i cinque giudici conservatori avessero votato a favore della seconda scelta, si sarebbe ritenuto che prendessero una decisione totalmente di parte, e che, cosa importante, la reputazione di onestà e

imparzialità della Corte ne avrebbe sofferto. Tutto ciò faceva propendere per la prima scelta. Ma la possibilità di quello che Posner chiama «scenario del caso peggiore» che avrebbe seguito quella decisione ha sostenuto con maggior forza la seconda scelta. Ecco lo scenario del caso peggiore che, dice Posner, i giudici della Corte Suprema avrebbero potuto contemplare nel dicembre del 2000, quando dovevano prendere la decisione. Il riconteggio avrebbe potuto condurre a considerare Gore vincitore in Florida, e la Corte della Florida avrebbe allora potuto ordinare che i voti elettorali di quello Stato andassero a favore di Gore. Dato che la decisione della Corte Suprema doveva essere resa pubblica prima del 12 dicembre, il riconteggio non sarebbe stato completato per la scadenza «di sicurezza» ["«safe harbor» deadline"] di quello stesso giorno, che rende immune la certificazione degli elettori di uno Stato dalla messa in discussione congressuale; anzi un riconteggio responsabile non sarebbe stato completato nemmeno per il 18 dicembre, la data in cui agli elettori era richiesto di assegnare i loro voti. Nel frattempo, il parlamento della Florida, dominato dai Repubblicani, avrebbe potuto scegliere la propria lista di elettori a favore di Bush. Il Congresso avrebbe allora dovuto scegliere fra le due liste, ma si sarebbe potuto dividere: la Camera repubblicana a favore della lista Bush, ma l'ugualmente diviso Senato, ancora presieduta dal vicepresidente Gore, che avrebbe assegnato il voto decisivo a favore della lista Gore. Se il Congresso non fosse riuscito a trovare un accordo, si sarebbe insediata la lista certificata dal governatore della Florida, che è il fratello di Bush. Ma che sarebbe accaduto se la Corte Suprema della Florida avesse ordinato al governatore di certificare la lista Gore, il governatore si fosse rifiutato, e la corte della Florida lo avesse citato per inosservanza? Chi avrebbe deciso qual era il verdetto ufficiale del governatore? Supponete infine che non fosse conteggiato assolutamente nessun voto della Florida. Gore avrebbe avuto la maggioranza dei voti elettorali assegnati, ma non la maggioranza del numero generale dei voti: allora la presidenza sarebbe dipesa dalla questione irrisolta se bastasse soltanto la prima per vincere. La Corte Suprema si sarebbe potuta rifiutare di decidere tale questione sulla base del fatto che è una questione politica, nel qual caso

l'"impasse" si sarebbe protratto indefinitamente. Sarebbe stato necessario un presidente "ad interim", e, secondo alcuni, sarebbe toccato a Lawrence Summers, l'allora segretario al Tesoro (poi presidente della Harvard University). Summers sarebbe stato un efficace presidente "ad interim"?

Posner a volte fa modeste affermazioni negative a favore della plausibilità di questo scenario del caso peggiore. Dice che esso «non è in alcun modo fantasioso, e neanche altamente improbabile» e poi che è «non inevitabile», e che «non potrebbe essere ritenuto immaginario» (82). Per la maggior parte, comunque, argomenta come se lo scenario fosse, se non inevitabile, almeno tanto probabile che un giudice pragmatista dovrebbe considerarlo la conseguenza della sua decisione di consentire il protrarsi del riconteggio. (Posner ha intitolato il suo libro sulle elezioni del 2000 "Breaking the Deadlock" [Superare lo stallo], non "Breaking a Not Phantasmal Deadlock". [Superare uno stallo non immaginario]). In realtà, la stima della probabilità è indispensabile ad ogni analisi genuinamente consequenzialistica. Sarebbe irrazionale per un pragmatista mettere a confronto due alternative limitandosi soltanto alle conseguenze peggiori possibili di ognuna, o soltanto alle migliori, o soltanto alle più probabili. Deve confrontare le varie conseguenze possibili di ogni decisione, prendendo in considerazione la loro gravità, ma scontandole ognuna della loro probabilità. L'argomento pragmatico di Posner diviene notevolmente meno impressionante, anche nei suoi stessi termini, quando lo riformuliamo in questo spirito.

Posner inizia presupponendo che i riconteggi manuali ordinati dalla Corte Suprema della Florida forse non avrebbero potuto essere completati entro la scadenza «di sicurezza» del 12 dicembre e che fosse estremamente improbabile farlo anche per il 18 dicembre. Ma questo presupposto assume qualcosa che un consequenzialista pragmatico non può presupporre: che qualcosa di diverso da un accurato equilibrio delle conseguenze a lungo termine richiedesse alla Corte Suprema di sospendere il riconteggio della Florida il 9 dicembre e richiedesse anche di dichiarare, nel suo atto del 12 dicembre, che i riconteggi manuali in corso fossero viziati perché non fissavano standard di riconteggio uniformi. Un pragmatista coerente si sarebbe dovuto chiedere, nel considerare se fissare

la sospensione il 9 dicembre, se le conseguenze a lungo termine della decisione di non intervenire del tutto, per la quale la Corte aveva un ampio supporto dottrinale, non sarebbero state migliori di quelle causate dal sospendere il riconteggio in quella data e dal decidere pochi giorni dopo che i riconteggi erano incostituzionali a meno che non fossero soggetti a standard uniformi. Nel chiedersi quanto disordine avrebbe prodotto la prima scelta ed evitato la seconda, non avrebbe potuto considerare che, per qualche ragione irrelata, i riconteggi si sarebbero fermati fino al 13 dicembre, sarebbero ripresi solo dopo il tempo necessario a discutere e scegliere standard uniformi, e avrebbero lasciato il tempo per sentenze sugli argomenti riguardanti l'applicazione di questi nuovi standard (83). Così la domanda consequenzialista pertinente sarebbe stata se si sarebbe finito in tempo per certificare in Florida un vincitore il 12 dicembre, o in ogni caso il 18 dicembre, qualora al riconteggio ordinato dalla Corte Suprema della Florida fosse stato consentito di procedere nella forma originaria e libero da interferenze di ogni tipo della Corte Suprema. Se è così - e non c'è alcuna ragione di dubitarlo - allora il resto dello «scenario del caso peggiore» è irrilevante. Questo è l'errore non solo dell'argomentazione di Posner, ma anche di quella più informale e ampiamente sostenuta che la Corte ci ha fatto un favore evitando una crisi. Tutte queste argomentazioni ignorano il fatto che la Corte ha incommensurabilmente peggiorato i rischi prima di evitarli. Anche se la Corte ha «cavato il dente» per noi, è stata lei a farlo cariare.

Inoltre, anche se mettessimo da parte tale cruciale obiezione e presupponessimo che il processo di riconteggio doveva ricominciare, con nuovi standard ancora da scegliere, il 13 dicembre, l'argomento che la Corte ha salvato la nazione dalla crisi è ancora più debole di quanto assumano Posner o l'opinione diffusa. Un pragmatista avrebbe dovuto ritenere, anche accettando tale presupposto, che c'era il cinquanta per cento di probabilità che un riconteggio, indipendentemente da quando sarebbe stato concluso, avrebbe indicato Bush come vincitore, nel qual caso la controversia sarebbe terminata. Anche se avesse indicato vincitore Gore, nessuno dei passi che avrebbero condotto allo stallo che Posner descrive sarebbe

stato inevitabile. L'istituzione legislativa della Florida avrebbe potuto non eleggere una lista alternativa (farlo avrebbe comportato rischi politici seri anche per alcuni repubblicani della Florida). Anche se lo avesse fatto, il Congresso avrebbe potuto non essere in stallo nello scegliere fra liste rivali. Alcuni membri repubblicani del Congresso avrebbero potuto pensare che sarebbe stato troppo difficile non ammettere che bisognava preferire elettori scelti dal popolo della Florida a quelli scelti da funzionari politici. Alcuni senatori democratici provenienti da Stati governati da Bush avrebbero potuto cedere alla pressione politica di votare per gli elettori della Florida che lo sostenevano. Gli uni o gli altri candidati avrebbero potuto essere estromessi. La questione morale a favore del ritiro di Bush sarebbe stata molto forte: era sconfitto nel voto popolare nazionale e sapeva che molti più votanti della Florida intendevano votare per Gore invece che per lui; se, oltre a tutto ciò, un riconteggio avesse mostrato che la maggior parte dei votanti della Florida effettivamente avevano votato per Gore, l'opinione pubblica si sarebbe potuta rivoltare così decisamente contro la sua elezione a presidente attraverso un accordo rimediato o un gioco di potere al Congresso, che avrebbe considerato meglio cedere. (Molti europei furono sorpresi che non si fosse ritirato dopo che l'episodio della scheda a farfalla aveva reso evidente che non aveva alcun diritto morale di vincere, qualunque conteggio fosse stato effettuato.) O, qualora la mini-crisi fosse continuata, l'opinione pubblica avrebbe potuto iniziare a sollevarsi, auto-alimentandosi, contro Gore, ed egli avrebbe potuto decidere che avrebbe migliorato il suo futuro politico se avesse ceduto immediatamente. Oppure, sarebbe potuto spuntare un accordo nel Congresso più velocemente di quanto Posner si immagini. O, se fosse stato chiaro che i voti della Florida non sarebbero stati contati, la Corte Suprema avrebbe potuto accordarsi di decidere se occorreva la maggioranza dei voti elettorali assegnati o di tutti i voti elettorali per ottenere la presidenza: avrebbe potuto sostenere che questa era una semplice questione di interpretazione che, in assenza di una risoluzione politica del Congresso, essa aveva la responsabilità di stabilire. O, se tutti gli altri passi dello scenario del caso peggiore si fossero effettivamente materializzati, Summers avrebbe potuto

governare bene come presidente "ad interim". Alcune di queste possibilità avevano ovviamente probabilità più basse di altre, e altre ancora probabilità davvero infime. Ma se iniziamo col supporre che la probabilità di un riconteggio indicante Gore come vincitore fosse per cominciare soltanto intorno al cinquanta per cento, e se prendiamo poi in considerazione le probabilità composte delle altre congetture di Posner, il suo caso peggiore è estremamente improbabile. Il che è solo un modo più ricercato di dire che in politica non si può mai dire l'ultima parola.

Persino lo scenario del caso peggiore di Posner non sarebbe stato una tragedia nazionale: non sarebbe stato tanto negativo quanto (per ricordare le analogie di Posner) una vittoria del Sud nella Guerra Civile o una vittoria giapponese nella seconda guerra mondiale. Sin qui, allora, la difesa pragmatica di Posner sembra non avere successo. Ma non siamo ancora giunti al problema più serio. Ho detto che il 9 dicembre l'equilibrio delle considerazioni pragmatiche andava chiaramente contro l'intervento della Corte Suprema. Ma questo giudizio, ora lo devo ammettere, ignora una sola considerazione pragmatica, che però è la più importante di tutte. Se un giudice pragmatista della Corte Suprema si fosse messo a valutare, il 9 dicembre, le conseguenze generali del sospendere il riconteggio della Florida, rispetto alle conseguenze del farlo andare avanti, sarebbe stato irrazionale che ignorasse il fatto che fermare il riconteggio avrebbe assicurato a Bush la presidenza per almeno quattro anni, mentre lasciarlo continuare avrebbe significato una possibilità concreta - diciamo del cinquanta per cento - che invece Gore sarebbe stato presidente. La questione di quale di questi due politici alla fine sarebbe diventato presidente sarebbe prevalsa su tutti gli altri fattori in un confronto genuinamente pragmatico delle due decisioni.

Senza alcun dubbio i giudici avevano delle opinioni sul fatto se il paese sarebbe stato meglio con l'elezione di Bush o di Gore all'inizio del 2001. I presidenti hanno un enorme potere nel bene e nel male, come la presidenza Bush ha dimostrato in maniera eclatante, e i giudici sapevano che avere l'uno o l'altro come presidente per quattro anni avrebbe avuto conseguenze molto diverse per il paese. Sapevano che nessuno dei costi e

dei benefici della decisione a favore dell'uno o dell'altro presidente nel caso descritto da Posner sarebbe stato sulla stessa scala di importanza. Chi auspicava la presidenza Bush avrebbe ritenuto la decisione della Corte Suprema un trionfo consequenzialista: otteneva il risultato desiderato senza la rogna e i rischi di continuare la battaglia dopo gli scrutini. Ma chi riteneva Bush pericoloso per la nazione, avrebbe considerato la decisione un disastro pragmatico: avrebbe ritenuto - ecco il punto fondamentale - che una protratta battaglia postelettorale fosse un piccolo prezzo da pagare per l'opportunità sostanziale di escludere definitivamente una presidenza Bush. Un giudice pragmatista avrebbe dovuto decidere da sé quale di questi due giudizi consequenzialisti fosse giusto, e ciò significa decidere se per il paese fosse meglio Bush o Gore.

Ovviamente, questo è proprio quello che i critici più severi pensano che abbiano fatto effettivamente i cinque giudici conservatori: hanno deciso che Bush sarebbe stato migliore e hanno agito di conseguenza. Anzi, quasi tutti pensano che se alla Corte fosse capitato un caso identico, con l'unica differenza nella posizione inversa dei candidati (cioè che Gore fosse stato proclamato vincitore, Bush avesse convinto le corti della Florida a ordinare i riconteggi, e Gore avesse chiesto alla Corte Suprema di fermarli) i cinque giudici avrebbero votato per non intervenire. (Anche Posner lo sospetta, anche se suggerisce che l'influenza della politica e dell'auto-interesse sui cinque giudici fosse solo per renderli «più sensibili» ad argomenti che avrebbero altrimenti potuto trascurare) (84). Ma quasi tutti - incluso Posner, immagino - ritengono questo fatto "deplorabile". Il fatto che facesse una differenza decisiva per i cinque giudici sapere quale candidato avrebbe vinto se avessero fermato i riconteggi, viene ritenuto una critica devastante per tali autorità. Ma se Posner ha ragione di sostenere che in questo caso i giudici avevano la responsabilità di ottenere un risultato «pragmatico», allora sarebbe stato irresponsabile che "non" abbiano consentito che ciò facesse una differenza decisiva.

Posner riconosce questa difficoltà: nella sua discussione del caso "Bush v. Gore" fa la sorprendente ammissione che esso pone «forse l'ultima sfida al pragmatismo nella sentenza»,

intendendo, evidentemente, che il pragmatismo sarebbe una teoria della sentenza inaccettabile se raccomandasse che qualche volta i giudici debbano decidere nei casi di votazioni in modo da eleggere il miglior candidato per la nazione (85). Dichiarò, comunque, che sebbene un buon pragmatista avrebbe preso tutto il resto in considerazione valutando le conseguenze (avrebbe preso in considerazione, ad esempio, il rischio che qualche nazione «canaglia» sarebbe stata tentata di sfruttare una protratta contesa presidenziale per colpirci), non avrebbe preso in considerazione di quale candidato sarebbe stata migliore per noi la politica complessiva nel corso dei quattro anni. Descrive questo risultato come «fortunato», ma la sua difesa non è convincente (86). Ricade in una strategia nota ai filosofi come «conseguenzialismo della regola». Questa strategia suppone che le persone spesso producano le migliori conseguenze a lungo termine seguendo una regola attentamente costruita, così che il seguire quella regola in ogni caso produce le migliori conseguenze nel tempo, indipendentemente dalle conseguenze in quel caso a sé stante. Ribadisce che i giudici dovrebbero, per questa ragione, attenersi alla regola rigida di non produrre giudizi politici di parte. Non è chiaro perché Posner pensi che seguire tale regola produrrebbe davvero le migliori conseguenze, anche a lungo termine, invece di prendere in considerazione chi sarebbe il miglior presidente in quei rari casi in cui una decisione giudiziaria deciderà un'elezione presidenziale. Ovviamente danneggerebbe la reputazione della Corte e perciò la sua efficacia se le persone pensassero generalmente che i giudici hanno preso una decisione di parte. Ma le persone lo pensano comunque in relazione alla decisione nel caso "Bush v. Gore"; è stato, come sottolinea Posner stesso, un costo importante e inevitabile dell'intervento della Corte nelle elezioni, almeno una volta che fosse chiaro che soltanto i giudici conservatori avrebbero deciso per Bush. Non pensa, ad ogni modo, che un giudice pragmatista dovrebbe ammettere apertamente il pragmatismo. Suggerisce che la maggioranza nel caso "Bush v. Gore" avrebbe dovuto decidere su basi pragmatiche, ma anche costruire la migliore esposizione ["cover story"] della dottrina di cui erano in grado per mascherare questo fatto. Ma allora perché gli effettivi fondamenti pragmatici della decisione, che

devono comunque essere nascosti al pubblico, non dovrebbero includere la conseguenza singola più importante della decisione? Posner dice che ciò stravolgerebbe l'equilibrio dei poteri nel governo americano. Se intende dire che per questa ragione ciò avrebbe brutte conseguenze a lungo termine, deve spiegare perché. Perché non è meglio a lungo termine consentire un piccolo stravolgimento molto circoscritto, il più nascosto possibile, quando ciò salverà la nazione da una presidenza pericolosa? L'argomento di Posner sembra condotto più dal bisogno di negare ad ogni costo che un giudice pragmatista fonderebbe mai la sua decisione su basi politiche di parte che da ogni effettivo caso pragmatico a favore di tale rifiuto.

Ovviamente ha ragione a sostenere che i giudici dovrebbero seguire la regola di non basarsi mai su quei giudizi di parte. Ma si sbaglia a immaginare che la decisione dei giudici conservatori nel caso "Bush v. Gore" potesse essere difesa come una decisione che promuove, nella loro prospettiva, le migliori conseguenze complessive qualora l'avessero seguita. Il consequenzialismo della regola fornisce una ragione per non giudicare le conseguenze caso per caso, bensì per decidere in accordo con regole fisse. Ma ora Posner sta proponendo qualcosa di molto differente: un processo ibrido in cui i giudici decidono valutando le conseguenze, caso per caso, ma adottano una regola che richiede loro di tralasciare le conseguenze più importanti. Ciò è irragionevole. Poiché i giudici non dovrebbero essere di parte, sarebbe sensato dire che dovrebbero decidere i casi che riguardano le elezioni presidenziali unicamente in linea di principio e sulla base della dottrina, non rispetto a un calcolo su quale risultato sarebbe complessivamente migliore per la nazione (87). E' anche sensato -sebbene poco attraente - dire che i giudici, dato che dovrebbero mirare a produrre le migliori conseguenze, dovrebbero formulare giudizi politici di parte in casi in cui una valutazione complessiva delle conseguenze è impossibile senza di essi, compresi quelli che riguardano le elezioni presidenziali. Non ha assolutamente senso dire che i giudici dovrebbero decidere tali casi pragmaticamente valutando i costi e i benefici di una decisione in un modo o nell'altro, ma senza considerare il probabile vincitore della contesa, che è un fatto

di importanza assolutamente decisiva nel valutare quei costi e quei benefici. Come si potrebbe decidere sensatamente i veri costi del rischiare perfino il caso peggiore prospettato da Posner senza considerare quanto sarebbe stata buona o cattiva la presidenza Bush (il risultato sicuro del modo più sicuro di evitare quel caso peggiore)? La raccomandazione posta da Posner è una formula non per una decisione pragmatica ma per una parodia del pragmatismo, come chiedere a un medico di scegliere fra varie medicine per un paziente mettendone a confronto prezzo, disponibilità e facilità di somministrazione ma senza anche chiedersi quale lo curerà e quale lo ucciderà.

Così la difesa proposta da Posner dell'azione della Corte Suprema basata sulle buone conseguenze crolla ad un esame attento. Ma dato che Posner offre una difesa più generale del pragmatismo giudiziario nel suo articolo sulla decisione della Corte, dovremo considerare anche le sue argomentazioni più generali. Adesso «Pragmatismo» è un termine alla moda fra i giuristi: appare ovunque e nei contesti più strani (88). Ma dato che i giudici, come tutti, sono in disaccordo sul valore relativo delle varie conseguenze possibili delle loro decisioni, dire loro di decidere soppesando le conseguenze è solo un invito alla illegalità, come Posner ha ammesso che pensino in molti.

La differenza fra il pragmatismo giudiziario e teorie più ortodosse della sentenza è facile da cogliere in casi drammatici quando è chiaro che un'analisi giuridica convenzionale raccomanderebbe una decisione che quasi ognuno nella comunità riterrebbe negativa. L'esempio fatto da Posner della decisione di Lincoln di sottrarsi alla Costituzione sospendendo l'"habeas corpus" durante la Guerra Civile è il caso più semplice. C'è ovviamente spazio per il dubbio se fosse fondato sulla base dell'analisi consequenziale il presupposto di Lincoln che ciò era necessario per proteggere la sicurezza della nazione. Ma lo scopo che egli si prefiggeva - proteggere la sicurezza della nazione - non era controverso nella comunità per cui agiva. In molti casi difficili - probabilmente nella maggior parte - non sarà comunque di aiuto dire semplicemente che i giudici devono pensare alle conseguenze, perché il senso della controversia sta nel come valutare quelle conseguenze. Il caso dell'aborto fornisce un esempio drammatico che ho usato in precedenza per chiarire questo

punto. Produrrebbe le migliori conseguenze per la società proibire o consentire l'aborto nelle prime fasi del concepimento? Cittadini, giuristi e giudici che sono in disaccordo sulla moralità dell'aborto lo sono anche, proprio per questa ragione, su quali conseguenze sarebbero migliori. Una parte considera l'aborto un omicidio e ritiene che ogni società che permette l'omicidio sia degradante. Credono perciò che le conseguenze del consentire l'aborto siano disastrose. L'altra parte pensa che proibire l'aborto condanni migliaia di donne a una vita miserabile senza alcuna ragione plausibile, e perciò ritiene che le conseguenze di quella decisione sarebbero orribili.

Se un giudice si assumesse la responsabilità di decidere la costituzionalità del proibire l'aborto chiedendosi se siano migliori nel loro complesso le conseguenze del permettere o del vietare l'aborto, dovrebbe scegliere fra queste convinzioni drammaticamente opposte e non avrebbe altra scelta che di mettere in ordine lui stesso le conseguenze, secondo il proprio punto di vista, in base alle proprie convinzioni, così che se credesse che l'aborto fosse un omicidio o un'altra cosa profondamente immorale, sosterrrebbe la costituzionalità delle leggi che lo proibiscono. Direbbe a se stesso che, sulla base del suo giudizio migliore e senza bisogno di alcuna altra autorità, stimava le conseguenze del proibire l'aborto migliori per la società delle conseguenze del permetterlo. Questo sarebbe un giudizio genuinamente pragmatico, sebbene quasi tutti i giuristi e i cittadini (e forse persino Posner) lo riterrebbero sbagliato e anche irresponsabile. Non è perciò una sorpresa che il tipo di pragmatismo di Posner darebbe ai giudici che hanno deciso il caso "Bush v. Gore" un ordine analogo, e ugualmente irresponsabile: decidere se, tutto considerato, la presidenza Bush sarebbe stata abbastanza migliore di quella Gore da superare il danno subito dalla Corte accettando il caso e decidendo a favore di Bush su fragili basi dottrinali.

Dovrei aggiungere - sebbene spero non ci sia bisogno di sottolinearlo - che i giudici non devono optare fra soppesare le conseguenze in modo così personale e ignorarle completamente. Nessuno suppone che i giudici potrebbero o dovrebbero decidere i casi «con un algoritmo teso a condur[li] all'Unica Decisione Corretta tramite un processo logico o in

qualche altro modo formale, utilizzando solo i materiali canonici del prendere decisioni giudiziarie, come un testo legislativo o costituzionale e le opinioni giudiziarie precedenti». Questa concezione della sentenza è un avversario facile da battere e lo è sempre stata. Ovviamente i giudici devono prendere in considerazione le conseguenze delle loro decisioni, ma lo possono fare solo in quanto diretti da principi compenetrati nel diritto complessivo, principi che stabiliscono quali conseguenze sono rilevanti e come dovrebbero essere soppesate, invece che dalle loro preferenze politiche o personali.

4. PLURALISMO MORALE.

Credo che le idee di Isaiah Berlin stiano acquisendo un'influenza costantemente crescente. Lo riscontro soprattutto in filosofia politica e rispetto alla sua concezione del pluralismo dei valori. Citerò alcune frasi dal suo lavoro, non collegate tra loro, ma nondimeno adatte a suggerire l'originalità e l'interesse notevoli della sua tesi. Berlin inizia così:

"Ciò che è chiaro è che i valori possono scontrarsi. I valori possono facilmente scontrarsi nel petto di un singolo individuo. E da questo non segue che qualche valore debba essere vero e altri falsi. Sia la libertà sia l'uguaglianza sono tra i principali obiettivi perseguiti dagli esseri umani nel corso di molti secoli. Ma la totale libertà per i lupi è la morte per gli agnelli. Queste collisioni di valori sono l'essenza di ciò che essi sono e di ciò che noi siamo.

Se ci viene detto che queste contraddizioni saranno risolte in un mondo perfetto in cui tutte le cose buone saranno in armonia, in linea di principio, allora a chi ce lo dice dobbiamo rispondere che i significati che attaccano ai nomi che per noi denotano i valori in conflitto non sono i nostri. Se sono modificati, è in concezioni di cui sulla Terra non abbiamo conoscenza. La nozione di un tutto perfetto, la soluzione definitiva in cui tutte le cose buone coesistono, mi sembra non solo irraggiungibile - questo è un truismo - ma concettualmente incoerente. Alcuni fra i beni principali non possono convivere. Questa è una verità concettuale. Siamo condannati a scegliere, e ogni scelta può comportare una perdita irreparabile".

Verso la fine del suo saggio più famoso Berlin ha affrontato ancora questo tema, ma in un modo più inquietante. Ha

riconosciuto il fascino della posizione che si è appena visto dichiarare falsa, il fascino dell'ideale di un tutto perfetto. Ha riconosciuto il fascino di essa come duraturo e rilevante. Ma ha detto che non dobbiamo cedere a questo richiamo perché «permettere che esso determini la propria condotta è sintomo di un'immaturità morale e politica ugualmente profonda e più pericolosa» (1).

Queste sono parole forti, e mi chiamano in causa per quello che sto per dire. Proverò, nondimeno, a difendere l'ideale olistico che Berlin ha condannato in modo tanto critico. Ma prima di farlo, vorrei commentare il suo suggerimento che questo ideale non è solo falso, ma anche pericoloso. Ci sono infatti pericoli nel riccio, ma non ci dobbiamo dimenticare che ce ne sono anche nella volpe. Infatti, come i tiranni hanno tentato di giustificare gravi crimini richiamandosi all'idea che tutti i valori morali e politici si riconciliano in una visione armonica tanto trascendentalmente importante da giustificare l'omicidio per la funzione che svolge, altri crimini morali sono stati giustificati richiamandosi anche all'idea opposta: cioè che valori politici importanti sono necessariamente in conflitto, che nessuna scelta fra questi può essere difesa come l'unica giusta, e che perciò i sacrifici in alcune delle cose che ci stanno a cuore sono inevitabili.

Milioni di persone in questo paese straordinariamente prospero non hanno un tenore di vita o delle prospettive decenti. Non hanno un'assicurazione medica, una protezione adeguata, un lavoro. Quanto spesso si è sentito dire, nel rispondere all'accusa che dobbiamo pur fare qualcosa, che non possiamo fare troppo perché l'uguaglianza è in conflitto con la libertà? Che se dovessimo aumentare le tasse al livello necessario per affrontare seriamente la povertà, metteremmo in discussione la libertà? O quando alziamo lo sguardo rivolgendolo all'estero, e vediamo che in molte parti del mondo la democrazia è uno scherzo, e diciamo che non possiamo fare molto al riguardo (anche se c'è forse qualcosa che possiamo fare), o anche quando guardiamo le politiche dei Talebani che rifiutano le cure mediche alle donne, e proviamo ripugnanza e orrore, e ci chiediamo se le sanzioni economiche possono fare qualcosa, quanto spesso ci viene detto che culture differenti hanno valori differenti, che è una forma di imperialismo da

parte nostra sostenere che soltanto i nostri valori sono quelli giusti e che valori differenti sono sbagliati? Che noi abbiamo il nostro modo di organizzare la società, e che i Talebani e altre società fondamentaliste hanno il loro, e che alla fine tutto ciò che possiamo dire è che una società non può incorporare tutti i valori, che loro hanno fatto la loro scelta e noi abbiamo fatto la nostra?

Non è necessario che il riccio sia un tiranno: è un grande errore, come ha messo in luce Thomas Nagel, pensare che poiché il monismo di valori può servire alla causa della tirannia, debba farlo sempre. Né, d'altra parte, il pluralismo di valori conduce inevitabilmente all'egoismo o all'indifferenza. Ma ci sono pericoli da entrambi i lati, e se il pericolo del riccio è più grande di quello della volpe, come riteneva Berlin, sembra in gran parte dipendere dal tempo e dallo spazio. A metà degli anni Cinquanta, quando scrisse la sua famosa lezione, lo stalinismo era in ascesa e il cadavere del fascismo puzzava ancora. Poteva sembrare benissimo, allora, che la civiltà avesse da temere più dal riccio. Ma nell'America contemporanea, e nelle altre prospere democrazie occidentali, ciò non appare così ovvio: la bestia più minacciosa può essere la volpe. Forse c'è un pendolo che oscilla fra questi pericoli.

Comunque, il nostro principale argomento non è il pericolo. Vogliamo considerare fino a che punto Berlin avesse ragione, non riguardo agli effetti buoni del suo pluralismo di valori, ma riguardo alla verità della sua dottrina. Ho detto che la sua è una concezione originale e forte e proverò ora a spiegarne la ragione, non solo perché dobbiamo cercare di individuare le tesi di Berlin in modo accurato, ma perché le difficoltà nella sua concezione emergono solo una volta che essa è separata da tesi più familiari. Berlin non ha solamente insistito, come fanno oggi tanti autori, sul luogo comune antropologico che società differenti sono organizzate intorno a valori molto differenti, e hanno difficoltà nel comprendersi tra loro. Né egli combina semplicemente questo luogo comune, come molti altri hanno fatto, con l'ulteriore affermazione scettica che non c'è assolutamente alcun senso nel parlare di valori «oggettivi». E' fin troppo comune, nella così detta epoca postmoderna, per gli studiosi affermare che tutti i valori - valori liberali, fondamentalisti, o «asiatici» - sono soltanto reazioni soggettive

o creazioni sociali, così che è un profondo errore filosofico pensare che questi valori sono veri o falsi.

La concezione di Berlin è più complessa e interessante. Egli ha creduto che i valori sono in realtà oggettivi, ma anche che ci sono conflitti irrisolvibili tra i valori veri. Egli ha sostenuto, cioè, non solo che le persone sono in conflitto riguardo a cosa è la verità, ma anche che c'è un conflitto nella verità che concerne tali argomenti. Questa è la ragione per cui egli ha parlato, come si è detto, di conflitto entro il singolo petto, e noi possiamo cogliere in modo più accurato la sua concezione mettendola in prima persona. Supponiamo di metterci noi stessi a immaginare una vita dotata in sé di ogni cosa che una vita ideale dovrebbe possedere. O di elaborare una costituzione politica che rispetti e rafforzi tutti i valori politici importanti. Saremmo condannati, dice Berlin, all'insuccesso in entrambi questi progetti.

La condanna, egli aggiunge, è concettuale, non contingente, e devo tentare di spiegare cosa intenda con questa ulteriore distinzione, sebbene non sia sicuro di riuscire a mostrarla tanto incisiva quanto egli l'ha pensata. Ovviamente ci sono circostanze in cui, per varie ragioni accidentali, o a causa dell'ingiustizia o della malvagità, non possiamo soddisfare tutti i nostri obblighi verso ognuno. Possiamo, ad esempio, non essere capaci di salvare le vittime di una catastrofe naturale prima che qualcuno muoia. Churchill, nelle emergenze della guerra, pensò di dover sacrificare gli abitanti di Coventry, non informandoli di un'imminente incursione aerea, al fine di tener segreto il fatto che gli Alleati avevano decifrato uno dei codici segreti tedeschi. Se una nazione ha sofferto per un ingiusto sistema economico di classe, potrebbe esser necessario limitare la libertà abolendo le scuole private, almeno per una generazione, al fine di aiutare a ripristinare l'uguaglianza. Questi sono casi in cui, per differenti tipi di ragioni, contingenti o storiche, noi non possiamo fare tutto ciò che dovremmo.

I nostri valori sono in conflitto, ribadisce Berlin, in un modo ancora più profondo di questo, e per questo motivo egli dice che l'ideale dell'armonia non è soltanto irraggiungibile ma anche «incoerente», perché mettere al sicuro o proteggere un singolo valore comporta necessariamente abbandonarne o

comprometterne un altro. I nostri valori sono in conflitto, cioè, anche se abbiamo tutte le opportunità. I suoi esempi aiutano a chiarire questa distinzione. Potreste ritenere magnifica una vita rivolta alla spontaneità, una vita che segue le spinte e gli impulsi del momento. Ma potreste anche avvertire le esigenze di un valore molto differente, quello della prudenza: potreste ritenere splendida una vita dedita all'accortezza (in particolare verso i bisogni e gli interessi altrui). Ma se provaste entrambe queste attrazioni, dovrete poi tradirne una delle due. Non potreste organizzare una vita che rendesse dominante la spontaneità e tuttavia lasciasse molto spazio alla prudenza, o viceversa. Se voi provaste a trasportare questi due valori insieme in una singola vita ne verrebbe fuori una terribile confusione: immaginate un uomo che programma la sveglia del suo orologio per ricordarsi quando è il momento per un'ora di spontaneità. Non funzionerà, e ciò non è solo una questione di accidente storico. I due valori non possono essere combinati assieme perché sono, nella natura stessa dell'esempio, in guerra l'uno contro l'altro.

Possiamo facilmente trovare altri esempi con una presa maggiore nelle vostre vite. Mi aspetto che molte persone sentano sia il bisogno di un totale assorbimento in qualche lavoro o in qualche progetto e anche un impegno per le responsabilità e i piaceri familiari, che vanno quasi sempre in una direzione opposta: costoro sanno per esperienza quanto lacerante possa essere talvolta questo conflitto. Ogni scelta fatta da qualcuno in questa situazione priva la sua vita, così crede, di qualcosa di essenziale a una buona vita, almeno per lui. Quest'ultima idea - che un conflitto nei valori rilevanti comporti un danno autentico e importante - è centrale nella concezione di Berlin. Egli non intende dire soltanto che non possiamo avere ogni cosa che vogliamo: che non possiamo ammassare entro una singola vita tutte le avventure e gli intrattenimenti che potremmo desiderare. Questo, come egli dice, è un truismo. Intende dire invece che non possiamo portare entro una singola vita ogni cosa la cui mancanza riteniamo che la renderà difettosa. Qual è l'equivalente in politica di questo tipo di insuccesso? Sicuramente una comunità politica non può conseguire tutto il successo economico o culturale a cui i suoi cittadini aspirano, e

sicuramente le sue linee politiche deluderanno alcuni cittadini per via di misure che ne avvantaggiano altri. Ma i valori politici si riferiscono a responsabilità distinte che una comunità ha verso i suoi cittadini, responsabilità che non è soltanto deludente, ma anche sbagliato ignorare o violare.

Se accettiamo l'uguaglianza come valore, e pensiamo che l'uguaglianza richieda che ogni cittadino debba avere accesso ad un'assistenza sanitaria decente, allora siamo dell'idea che una comunità ricca la quale lascia morire alcuni cittadini che non possono fruire di tale assistenza faccia loro un grave torto. Se accettiamo la libertà come valore, e pensiamo che la libertà sia violata quando i ricchi sono tassati per fornire più soldi ai poveri, allora siamo dell'idea che queste tasse non solo creano disagi ai ricchi ma fanno loro un torto. Se accettiamo sia l'uguaglianza sia la libertà, e pensiamo che esse hanno queste implicazioni, allora dobbiamo pensare che una comunità politica venga meno alle sue responsabilità qualsiasi cosa faccia. Essa deve scegliere, cioè, non se fare torto a qualche gruppo, ma a quale gruppo fare torto. Questo è il tipo di conflitto nei valori politici che Berlin aveva in mente: l'inevitabilità non della delusione ma dell'irrimediabile onta morale. La sua è una tesi positiva - cioè che valori di differenti tipi siano davvero in conflitto in questo modo tragico - e dobbiamo avere cura di distinguere questa concezione positiva dall'osservazione diversa e molto meno problematica che qualche volta non siamo sicuri su cosa ci richiedano i nostri valori. Persone riflessive spesso non sono sicure su importanti questioni politiche, e qualche volta oscillano tra posizioni opposte. Potremmo, ad esempio, cominciare col riflettere sulla questione problematica del pronunciare parole cariche d'odio, persuasi che ogni governo che priva qualcuno della libertà di parola solo perché disapprova ciò che dice, o perché ciò che dice è offensivo verso altre persone nella comunità, stia agendo illegittimamente. E poi potremmo ascoltare un po' ciò che le persone dicono effettivamente: sentire qualcuno che chiama «negra» una donna di colore o che dice a un ragazzo ebreo che Hitler aveva ragione e che gli ebrei dovrebbero essere gasati. E allora potremmo ripensarci: potremmo chiederci se la libertà di parola sia realmente così importante come pensavamo. Una nazione compromette realmente la propria legittimità quando

protegge i propri cittadini più vulnerabili da questo tipo di attacco? Potremmo arrivare prima ad una certa decisione e poi a un'altra: ci potremmo voltare e rivoltare e oscillare indietro e avanti. O possiamo cadere nell'indecisione e trovare che, una volta considerata l'attrattiva di ogni lato della questione, semplicemente non possiamo dire, con piena certezza, ciò che pensiamo.

La tesi di Berlin, comunque, non ha niente a che vedere con l'incertezza, sia pure questo genere estremo di incertezza. Egli sostiene non che spesso non sappiamo quale sia la decisione giusta, ma che spesso sappiamo che nessuna decisione è giusta: una questione molto differente. Così ci dobbiamo concentrare sul problema seguente. Quando siamo autorizzati ad avere non solo l'idea negativa che non sappiamo che cosa per noi sia giusto fare, ma anche l'idea positiva che sappiamo che niente di ciò che facciamo è giusto perché, qualsiasi cosa facciamo, facciamo qualcosa di sbagliato? Quest'ultima è una tesi estremamente ambiziosa: essa pretende di vedere al fondo del dilemma e di vedere che non c'è alcuna via di fuga. Siamo autorizzati a porre una tesi così ambiziosa? Ciò dipende da come concepiamo l'origine della nostra responsabilità. Immaginatevi di essere al posto di Abramo che brandisce un coltello sul petto di suo figlio Isacco. Supponete di credere che avete un dovere religioso assoluto di obbedire al vostro Dio, non importa quale esso sia, e anche un dovere morale assoluto di non fare del male a vostro figlio, non importa quale esso sia, e che voi li concepiate come doveri indipendenti nella loro origine. La vostra teologia ribadisce sia il fatto che l'autorità di Dio non nasce in nessun modo dalla moralità del suo comando, sia il fatto che l'autorità della morale non nasce in nessun modo dal comando di Dio. Finché sarete persuasi di tutto ciò, sarete certi che non potete evitare di fare un torto. Siete, come dire, sudditi di due sovrani - Dio e la morale - e nella tragica difficoltà che, almeno per quanto comprendiate la situazione, il comando dell'uno non ha valore agli occhi dell'altro. Dovete scegliere, e ogni scelta è un'infedeltà decisiva e terribile.

Ma è questa effettivamente la nostra situazione in politica? Ho appena detto che potremmo non essere sicuri se un governo faccia un torto quando proibisce discorsi razzisti, o, al contrario, se faccia un torto quando permette tali discorsi.

Quale ulteriore argomento o quale ulteriore riflessione potrebbero sostituire questa indecisione con la convinzione positiva che il governo fa un torto in ogni caso? La nostra situazione è molto differente da quella di Abramo: non abbiamo obblighi verso due poteri sovrani e indipendenti uno dei quali impone la libertà di parola mentre l'altro impone di perseguire l'insulto razziale. Al contrario, siamo attratti verso una delle posizioni rivali tramite argomentazioni che, se dovessimo alla fine accettare come dotate di autorità, ci libererebbero dal richiamo dell'altra posizione. Se crediamo davvero che i cittadini abbiano diritto di parlare anche in modi che offendono certi altri cittadini, allora sarebbe strano anche credere che certi cittadini abbiano diritto di non essere offesi da ciò che dicono altri cittadini. E viceversa. In casi come questi, cioè, raggiungiamo una convinzione politica non scoprendo ciò che qualche divinità o qualche entità dotata di autorità hanno imposto, cosa che può facilmente produrre un profondo contrasto, ma riflettendo su, e perfezionando, il nostro senso dei bisogni e dei valori in gioco, ed è un mistero come questo processo potrebbe produrre il tipo di conflitto di cui parla Berlin. Sembra un enigma come potremmo essere persuasi, in una sola volta e contemporaneamente, che i cittadini abbiano diritto a non pronunciare insulti razziali e a pronunciarli. Ma fino a quando non siamo in grado di accettare definitivamente entrambe queste tesi contemporaneamente, non possiamo sostenere la concezione positiva che violiamo i diritti dei cittadini qualsiasi cosa facciamo riguardo al discorso razzista.

Berlin replicherebbe, credo, che il mio resoconto di come potremmo diventare meno sicuri riguardo al discorso razzista trascura un fatto rilevante e pertinente: che arriviamo a controversie politiche particolari, come questa, gravati da impegni precedenti verso due valori politici astratti - libertà e uguaglianza - e che questi valori possono comportarsi e di fatto si comportano come sovrani indipendenti e in competizione, i cui dettami possono essere in conflitto. In realtà, come sapete, egli pensava che il conflitto fra libertà e uguaglianza fosse il paradigma dei conflitti di valore, ed esso è anche, come ho suggerito in precedenza, il presunto conflitto che sembra più problematico e pericoloso nella politica contemporanea. Ma

libertà e uguaglianza, considerati ora come valori astratti, sono davvero in conflitto in un modo che spiega perché una comunità politica potrebbe trovare se stessa non meramente incerta su cosa fare, ma certa che essa debba fare un torto, qualsiasi cosa faccia? Questo dipende da ciò che intendiamo per libertà e uguaglianza: dipende da come concepiamo questi valori astratti. Berlin chiarisce, nel suo famoso saggio sulla libertà, e anche in molti altri luoghi, come concepisca la libertà. La libertà, dice, è la libertà dall'interferenza di altri nel fare ogni cosa che potreste voler fare. Ora, se questo è il modo in cui intendiamo la libertà, allora è immediatamente evidente (non è vero?) che la libertà per il lupo è, come dice, la morte per l'agnello. Se questo è ciò che intendiamo con libertà, e ci impegniamo verso una libertà così intesa, allora è molto plausibile che questo impegno sarà spesso in contrasto con altri impegni, compresi quelli anche solo verso un grado minimo di uguaglianza.

Ma siamo davvero impegnati verso una libertà intesa in questo modo? A tale riguardo c'è una concezione rivale della libertà, che introduco ora unicamente per mostrare che il nostro impegno verso la libertà non è automaticamente un impegno verso la libertà come la concepisce Berlin. Potremmo dire: la libertà non è la libertà di fare qualsiasi cosa potreste voler fare; è la libertà di fare qualsiasi cosa vi piaccia fino a quando rispettate i diritti morali, propriamente intesi, degli altri. E' la libertà di spendere le vostre proprie legittime risorse o di utilizzare la vostra propria legittima proprietà in qualsiasi modo vi sembri meglio. Ma così intesa la vostra libertà non include la libertà di sottrarre le risorse di qualcun altro, o di ferirlo in modi di cui voi non avete nessun diritto.

L'agnello sarebbe più felice con questa concezione della libertà, anche se il lupo potrebbe non esserlo. Ad ogni modo, è lungi dall'essere ovvio che la libertà intesa in questa maniera differente produrrebbe un conflitto inevitabile con l'uguaglianza. Al contrario, sembra improbabile: se tasse più alte sono necessarie per fornire ai cittadini più poveri ciò a cui l'uguaglianza dà loro diritto, allora la tassazione per questo scopo non può rappresentare un'intrusione nella libertà dei ricchi, perché la proprietà presa loro con le tasse non appartiene legittimamente a loro. Potreste obiettare - mi

aspetto che molti di voi obietteranno - che ho aggirato la questione definendo la libertà in un modo tale che il conflitto sia escluso fin dall'inizio. Ma così voi non state presupponendo che l'unica concezione soddisfacente della libertà sia quella che la rende indipendente da altri valori? Quella che ci consente di decidere sia ciò che la libertà richiede, sia quando sia stata sacrificata, senza considerare quali diritti - all'uguaglianza o a qualsiasi altra cosa - abbiano le altre persone? Tutto ciò aggira la questione dall'altro verso: presuppone una raffigurazione dei valori come sovrani indipendenti e rivali, cosa che rende inevitabile il conflitto. In realtà, potremmo dire, il vasto problema del pluralismo di valori e del conflitto in politica che Berlin ha introdotto è appunto la questione se i nostri valori politici siano indipendenti gli uni dagli altri nel modo ribadito dalla sua definizione di libertà, o se siano interdipendenti nel modo in cui suggerisce la concezione rivale della libertà che ho abbozzato, e questa è una faccenda, come sosterrò adesso, non di definizione di dizionario o di scoperta empirica ma di filosofia morale, e politica, sostanziale.

Berlin ci ha messo in guardia, nel passo citato all'inizio, contro tali concezioni rivali della libertà. Se le persone propongono idee di libertà che non producono conflitti, ha scritto, dobbiamo dire loro che i valori offerti non sono quelli nostri. Ma cosa significa questo? Come decidiamo che la definizione di libertà di Berlin, la quale produce conflitto, è la nostra nozione di libertà, e che le concezioni rivali della libertà ci sono estranee? Di certo non sta sollevando una questione di carattere semantico: non intende dire che il dizionario sia decisivo per la propria concezione. Anzi, riconosce che le persone usano le parole che denominano i concetti politici in molti modi differenti. Né possiamo costruire niente di analogo a un esperimento o a una ricerca di laboratorio per vedere che cosa sia realmente la libertà, nel modo in cui possiamo fare delle prove per decidere di che cosa è realmente fatto un leone. Non possiamo fare un'analisi del D.N.A. della libertà. Allora, in che modo possiamo mettere alla prova la tesi di Berlin su quale concezione della libertà sia la nostra, e quali altre concezioni ci sono estranee? Possiamo ricorrere alla storia? Sospetto che alcuni lettori stiano già iniziando a pensare che non sto riconoscendo alla storia quanto le è

dovuto. Sono d'accordo che la storia delle idee è spesso fondamentale, e ovviamente sono d'accordo sul fatto che essa è stata di primaria importanza per Berlin. Ma dobbiamo andare oltre la semplice asserzione che la storia è fondamentale e tentare di vedere perché e come sia fondamentale. Non vedo proprio come la storia possa essere decisiva a questo punto nella nostra argomentazione. La storia può ovviamente insegnarci che molte società, l'ideologia dominante delle quali negava ogni conflitto fra i valori rilevanti, sono finite in un disastro, e ciò dovrebbe senza dubbio metterci in guardia. Ma la storia non può, mi sembra, esserci di aiuto ulteriore. Stiamo cercando di decidere come meglio intendere il valore della libertà - un valore verso cui ci sentiamo noi stessi impegnati - al fine di capire se facciamo un torto quando, ad esempio, tassiamo il ricco per ridistribuire al povero. Non vedo alcuna alternativa al trattare ciò, almeno in generale, come un problema morale anziché storico.

Come dovremmo procedere? Ho detto, ricordate, che per Berlin un conflitto nei valori fondamentali, sia esso personale o politico, non è un mero inconveniente o una delusione, ma una specie di tragedia. Quando ci confrontiamo con un conflitto di questo tipo, secondo la sua concezione, inevitabilmente subiamo, o facciamo, del male: priviamo la nostra vita di qualcosa la cui assenza pensiamo danneggerebbe la vita, o facciamo un torto a qualcuno negandogli ciò che gli causa un torto non avere. Dovremmo iniziare da qui. Abbiamo bisogno di un resoconto dei nostri valori politici che ci mostri perché è così, per ciascuno dei nostri valori rilevanti. I nostri principali valori politici - libertà, uguaglianza, democrazia, giustizia, e via dicendo - sono ideali di carattere generale che siamo d'accordo nell'approvare in astratto. Questo accordo in astratto è importante: siamo d'accordo che è essenziale che i cittadini non siano costretti dal governo in modi offensivi, che una struttura economica tratti le persone con uguale considerazione, che le persone governino se stesse, e così via. Quando tentiamo di rendere più concreti questi valori molto astratti, decidendo quali forme di coercizione siano offensive, quale distribuzione delle risorse tratti le persone con uguale considerazione, quale forma di autogoverno sia possibile, e così via, dobbiamo rispettare e preservare questa prima

comprensione. Dobbiamo formulare concezioni più precise dei nostri valori così da mostrare, con maggiore accuratezza, che cosa sia davvero il valore che abbiamo identificato in astratto. Abbiamo bisogno di un resoconto che ci mostri che cosa c'è di buono nella libertà o nell'uguaglianza o nella democrazia, in maniera da riuscire a vedere perché ogni compromesso su questi valori non è solamente inopportuno, ma anche sbagliato. Sicuramente saremo in disaccordo su questo punto: ognuno difenderà concezioni piuttosto differenti, e forse molto differenti, della libertà, dell'uguaglianza e via dicendo. Ma è fondamentale che ognuno di noi difenda concezioni che, secondo noi, riportino il valore astratto all'interno della concezione controversa, così da rendere chiaro perché ciò che consideriamo un compromesso sul valore fondamentale sia, proprio in se stesso, qualcosa di grave o almeno di cattivo.

Possiamo perciò mettere alla prova ogni concezione proposta della libertà - o di ogni altro valore - nel modo seguente. Dovremmo chiederci se le varie azioni che la concezione proposta definisce come violazioni della libertà siano davvero cattive o sbagliate: siano realmente infrazioni di una responsabilità speciale per le quali uno Stato dovrebbe sentirsi in colpa anche quando tali infrazioni siano necessarie per non violare qualche presunto valore in competizione. Se non lo sono - se lo Stato non fa torto ad alcun cittadino quando, secondo la definizione proposta, viola la sua libertà - allora la concezione proposta della libertà è inadeguata. Essa presenta una violazione quando una violazione non fa torti, e perciò non ci mostra quale sia la speciale importanza della libertà.

La concezione della libertà proposta da Berlin supera questa prova? Supponete che io voglia uccidere i miei critici. La legge mi impedirà di farlo e quindi, stando alla concezione di Berlin, comprometterà la mia libertà. Ovviamente ognuno è d'accordo sul fatto che debba essere fermato: quelli che difendono la definizione di Berlin dicono che sebbene la mia libertà sia stata violata, questa violazione è giustificata in questo caso, perché il torto fatto a me è necessario per prevenirne uno più grave fatto agli altri. In questo caso, essi dicono, la libertà è in conflitto con altri valori e questi altri valori debbono prevalere. Ma mi sto chiedendo se la

concezione della libertà che produce questo presunto conflitto sia una concezione riuscita: se non è avvenuto nessun torto quando mi è stato impedito di uccidere i miei critici, allora non abbiamo ragione di adottare una concezione della libertà che descrive l'evento come uno nel quale è stata sacrificata la libertà. Torno a ripeterlo, non ci è richiesto di descriverlo in questo modo in virtù di ciò che significa la parola «libertà», o in virtù di una qualche scoperta scientifica sulla composizione della libertà. Una concezione della libertà è una teoria interpretativa che mira a mostrarci perché è male quando la libertà è negata, e perciò una concezione della libertà non è riuscita quando ci costringe a descrivere un evento come se fosse una violazione della libertà quando invece non è avvenuto niente di cattivo.

Così mi chiedo ancora: c'è qualcosa anche "pro tanto" di sbagliato nel proibirmi di uccidere i miei critici? Ovviamente sarebbe meglio se nessuno volesse recare danno ad altri o alla proprietà altrui: sarebbe meglio se il diritto penale non fosse necessario. Ma non è questo il punto. Dato che alcune persone vogliono uccidere in certe occasioni, si fa qualche torto ad esse trattenendole dal farlo? Abbiamo qualche ragione di scusarci verso il lupo a cui è negata la sua coscia di agnello? Certi filosofi risponderebbero affermativamente a tale domanda. Si perde qualcosa di importante, dicono, ogni volta che persone di spirito e ambizione straordinari sono ostacolate dalle leggi di pigmei moralisti. Non sto chiedendo se potrebbe pensarlo chiunque. Sto chiedendo cosa ne pensiate voi. E se voi, come me, pensate che con queste leggi non viene fatto alcun torto, allora avete quella ragione per rifiutare la concezione di libertà proposta da Berlin. E se la sua idea di un contrasto inevitabile tra libertà e uguaglianza dipende dalla sua concezione della libertà, allora avrete questa ragione per rifiutare anche tale idea.

Ovviamente non ho dimostrato che i conflitti fra libertà e uguaglianza non sono inevitabili. Forse c'è una concezione della libertà più sottile di quella di Berlin, che non è aperta alle obiezioni che ho mosso, ma che garantirebbe ancora l'esistenza di conflitti fra libertà e uguaglianza. Il mio obiettivo era circoscritto. Ho tentato in primo luogo di chiarire l'importante tesi di Berlin sul pluralismo dei valori, di

mostrarne l'originalità, l'interesse e l'ambizione, e, in secondo luogo, di mostrare come sia difficile sostenere questa tesi ambiziosa. Berlin ha detto che tutti i conflitti di valore che ha descritto ci riguardano e sono evidenti a tutti, individui immaturi a parte. Io non penso che egli abbia dimostrato questa affermazione così ampia; anzi, come ho appena argomentato, non penso che l'abbia dimostrata nemmeno nel caso per lui paradigmatico: il presunto conflitto fra libertà e uguaglianza.

Questo non significa la sconfitta del pluralismo dei valori. Ma suggerisce, credo, che l'argomentazione necessaria a difendere il pluralismo debba essere molto lunga e complessa. Inoltre tale argomentazione deve dimostrare, nel caso di ogni valore che ritiene in qualche tipo di conflitto concettuale con un altro, perché la concezione del valore che genera il conflitto sia la più appropriata. Niente è più facile che comporre definizioni di libertà, uguaglianza, democrazia, comunità e giustizia che siano in conflitto le une con le altre. Ma non c'è quasi nulla, in filosofia, di più difficile del dimostrare perché queste sono le definizioni che dovremmo accettare. Non c'è alcuna scorciatoia per dimostrarlo. Forse, dopo tutto, le concezioni più attraenti dei principali valori liberali si tengono insieme nel modo giusto. Non sono state ancora fornite ragioni per abbandonare questa speranza.

5. ORIGINALISMO E FEDELTA'.

Nel primo discorso sullo stato dell'unione del suo secondo mandato, il presidente George W. Bush promise di nominare come giudici delle corti federali e della Corte Suprema coloro che seguissero il volere degli estensori della Costituzione, invece delle proprie convinzioni personali, e citò la "Dred Scott decision" del 1857, nella quale la Corte Suprema appoggiò la schiavitù, come esempio del tipo di decisione che i giudici nominati avrebbero evitato. Bush non è esperto di Costituzione e il suo errore era evidente: la "Dred Scott" non è stata un esempio di giudici che ignoravano le intenzioni degli estensori della Costituzione ma di giudici che le applicavano perché la costituzione originaria contemplava la schiavitù. Ma il senso era abbastanza chiaro: voleva dire che non avrebbe nominato il tipo di giudici che avevano votato in maggioranza nel caso "Roe v. Wade" del 1973, in cui la Corte Suprema ha sostenuto che gli Stati non potevano considerare reato l'aborto ai primi stadi di sviluppo dell'embrione. In realtà, molti commentatori hanno pensato che Bush stesse manifestando la propria intenzione di nominare giudici che avrebbero abrogato quella decisione come la Corte Suprema aveva abrogato la "Dred Scott" dopo la Guerra Civile. Ha invitato l'opinione pubblica a considerare che questo è ciò che dovrebbe significare tener fede alla Costituzione. Tale richiamo all'idea di fedeltà è stato, tuttavia, un errore ancora più grave. Quelli che il presidente riteneva buoni giudici sono in realtà giudici per i quali la fedeltà alla Costituzione conta ben poco. E quelli che riteneva cattivi giudici, sono, dal mio punto di vista, i veri campioni della fedeltà. Ad ogni modo, questo è l'argomento del presente capitolo.

Devo comunque iniziare tracciando una distinzione: quella tra fedeltà al testo della Costituzione e fedeltà alla passata prassi costituzionale, comprese le decisioni giudiziarie prese in

passato, che interpretano e applicano la Costituzione. La retta interpretazione costituzionale assume come suo oggetto tanto il testo quanto la prassi passata: i giuristi e i giudici che hanno a che fare con un'odierna questione costituzionale devono tentare di costruire un'interpretazione coerente, persuasiva e basata su principi del testo di particolari clausole, della struttura della Costituzione come un tutto, e della nostra storia sotto la Costituzione: un'interpretazione che insieme unifica, nella misura in cui è possibile, queste fonti distinte e che guida la giurisprudenza a venire. Devono cercare, cioè, l'"integrità" costituzionale. La fedeltà al testo della Costituzione non esaurisce l'interpretazione costituzionale, e in certi casi l'integrità costituzionale complessiva potrebbe richiedere un risultato che non sarebbe giustificato dalla migliore interpretazione del testo costituzionale considerato fuori dalla storia della sua applicazione, e anzi potrebbe anche contraddirlo. Ma l'interpretazione testuale è nondimeno una parte essenziale di ogni programma più ampio di interpretazione costituzionale, perché ciò che i padri della Costituzione hanno effettivamente detto è sempre almeno un ingrediente importante in ogni argomentazione costituzionale genuinamente interpretativa.

Mi concentrerò qui sull'interpretazione testuale. Farlo sembra appropriato, perché spesso i giuristi costituzionali pensano che la fedeltà alla Costituzione significhi fedeltà al suo testo. Questo è il tipo di fedeltà che il presidente Bush sembrava avere in mente. E' il tipo di fedeltà richiesta dai sedicenti «originalisti» costituzionali, come il giudice della Corte Suprema Antonin Scalia, e rifiutata dai critici dell'originalismo come il professor Laurence Tribe. Sosterrò che, anche se ci concentriamo esclusivamente sulla fedeltà testuale, giungiamo a conclusioni radicalmente differenti da quelle che si aspettano Bush, Scalia e gli altri «originalisti» (1).

In realtà, la fedeltà testuale porta così tanti argomenti a favore di una ampia responsabilità giudiziaria a vincolare la legislazione a standard morali che gran parte degli studiosi costituzionali, compresi quelli che sostengono più vivacemente l'«originalismo», argomentano in realtà "contro" la fedeltà testuale come standard costituzionale. Fanno affidamento ad altri standard e valori "in sostituzione" della fedeltà. Di rado

pongono la questione a quel modo. Ma se prestate orecchio con attenzione, troverete che la sostituzione della fedeltà è il sottotesto nascosto. Alcuni studiosi sostengono che dovremmo tentare di scoprire non ciò che intendevano dire coloro che hanno scritto e ratificato la Costituzione e i suoi vari emendamenti, ma ciò che si aspettavano o speravano fosse la conseguenza del dire ciò che hanno detto, che è una questione molto diversa. Altri sostengono che dovremmo ignorare il testo in sé a favore di come la maggior parte delle persone ne ha inteso il senso nel corso della nostra storia: sostengono, ad esempio, che il fatto che molti Stati hanno reso un reato la sodomia omosessuale mostra che la Costituzione non proibisce quel genere di ingiustizia. Entrambi sono modi per ignorare il testo della Costituzione. Perché noti studiosi cercano di evitare la Costituzione così tenacemente? Tento una risposta a questa domanda più avanti nel corso di questo capitolo, identificando varie ragioni che le persone potrebbero ritenere di avere per ignorare la fedeltà costituzionale.

Ma dovrei precisare ora che non intendo dire che non ci siano ragioni di questo tipo. E' vero che la maggior parte dei cittadini si aspetta che la Corte Suprema citi la Costituzione per giustificare le proprie decisioni costituzionali. Ma diversi settori del nostro governo prendono importantissime decisioni di carattere consequenziale per le quali non è richiesto alcun argomento basato sulla fedeltà ad alcun testo o tradizione. Mandiamo uomini e donne in guerra, adottiamo politiche estere o strategie monetarie, lanciamo missili su Marte, e giustifichiamo queste decisioni sulla base del bene che verrà da esse in futuro: che saremo più sicuri o più ricchi o ci sentiremo più a casa nostra nell'universo. Non dovremo escludere, fin dall'inizio, che tali giustificazioni prospettiche ["forward-looking"] sarebbero più appropriate nelle sentenze costituzionali rispetto all'argomento retrospettivo ["backward-looking"] della fedeltà testuale, in particolare dal momento che un giudice illustre come Richard Posner ha argomentato con grande passione che sono più appropriate. Né dovremmo assumere che non sarebbe più appropriato il tipo differente di giustificazione retrospettiva, che si appella alla storia a prescindere dal testo costituzionale, sostenuto da alcuni degli studiosi che ho menzionato. Forse è giustificabile, almeno in

alcune circostanze, trascurare la fedeltà.

Prima di considerare tale questione, devo comunque giustificare in primo luogo le mie affermazioni iniziali su ciò che significa la fedeltà al testo della nostra Costituzione. Devo stare ben attento a distinguere la questione a cui rispondono le mie affermazioni da una questione diversa con cui è spesso confusa: la questione istituzionale di quali sono i corpi ai quali dovrebbe essere assegnata la responsabilità finale di decidere cosa richiede in casi particolari la fedeltà: corti, istituzioni legislative, o il popolo che agisce attraverso consultazioni. E' perfettamente possibile che una nazione, la cui costituzione scritta limita il potere delle istituzioni legislative, assegni la responsabilità finale di interpretare quella costituzione a una istituzione diversa dalla corte; e questa potrebbe comprendere le stesse istituzioni legislative. La questione che intendo porre concerne un punto che precede l'assetto istituzionale. A prescindere da cosa o chi abbia la responsabilità interpretativa finale, che cosa significa realmente la nostra Costituzione?

Abbiamo un testo costituzionale. Non siamo in disaccordo su quali iscrizioni costituiscano quel testo; nessuno mette in discussione quale serie di lettere e di spazi lo formano. Ovviamente, identificare una serie canonica di lettere e di spazi è solo l'inizio dell'interpretazione. Rimane il problema di cosa "significa" ogni particolare porzione di quella serie. Amleto disse ai suoi amici di un tempo: «distinguo uno sparviero da una spatola» (2). Sorge la questione - ad esempio per qualcuno che interpreta quel ruolo - se Amleto stava usando la parola «sparviero» che designa un tipo di uccello, o la parola differente che designa un utensile rinascimentale. Milton ha parlato, nel "Paradiso perduto", delle «gay hordes» di Satana. Stava dicendo che i discepoli di Satana indossavano vestiti con colori vivaci o che erano omosessuali? La Costituzione dice che un presidente deve essere almeno «dell'età di trentacinque anni». Deve essere intesa come età cronologica o come età emotiva (ciò sarebbe allarmante per diversi politici contemporanei)?

L'Ottavo Emendamento della Costituzione proibisce una pena «crudele» e inusuale. Significa pene che gli autori pensavano fossero crudeli o (il che probabilmente implica la

stessa cosa) che erano giudicate crudeli dall'opinione popolare del loro tempo? O significa pene che sono di fatto crudeli, secondo gli standard corretti per decidere tali questioni? Il Quattordicesimo Emendamento dice che nessuno Stato dovrebbe negare a qualcuno «l'uguale protezione di fronte alle leggi». Significa che nessuno Stato può negare a qualcuno l'uguaglianza di trattamento che la maggior parte degli Stati hanno accordato nel corso della nostra storia? O significa che nessuno Stato può perpetuare delle distinzioni che contraddicano una pari cittadinanza autentica, sia che gli americani abbiano o non abbiano capito prima tale contraddizione?

Secondo la mia prospettiva, dobbiamo iniziare chiedendoci che cosa - in base alla migliore prova disponibile - intendevano dire gli autori del testo in questione. Questo è un esercizio di quella che ho chiamato interpretazione costruttiva (3). Ciò non significa guardare dentro le teste di persone morte da secoli. Significa tentare di attribuire il miglior senso possibile a un evento storico: qualcuno che parla o scrive in un particolare modo in una particolare occasione. Se applichiamo questo standard ad Amleto, è chiaro che dobbiamo leggere la sua affermazione come riferita non a un uccello, il che renderebbe l'affermazione estremamente stupida, ma a un utensile rinascimentale. Amleto assicurava ai suoi infidi compagni di conoscere la differenza fra due tipi di strumenti e di sapere anche con quale avesse a che fare. Nel caso delle «gay hordes» di Satana, c'è una ragione decisiva per pensare che Milton intendesse descriverle come appariscenti e non come omosessuali, ed è che l'uso di «gay» per omosessuale è attestato alcuni secoli dopo Milton. In base alla mia prospettiva, è altrettanto facile rispondere alla questione di ciò che intendeva dire chi scrisse che un presidente deve essere dell'età di trentacinque anni. Sarebbe stato stupido se avessero condizionato l'eleggibilità alla presidenza a una proprietà così intrinsecamente vaga e controversa come l'età emotiva, e non c'è alcuna prova a favore di questo tipo d'intenzione. Possiamo dare un senso al loro dire quello che hanno detto soltanto presupponendo che intendevano l'età cronologica.

Comunque, quando passiamo alla parola «crudele» nell'Ottavo Emendamento, al linguaggio dell'"equal protection"

nel Quattordicesimo, alla formulazione della libertà di parola del Primo e a quella del "due process" del Quinto e del Quattordicesimo, abbiamo problemi di traduzione più difficili. Dobbiamo scegliere da una parte fra una lettura morale astratta e basata su principi (ossia che gli autori intendevano proibire pene che sono di fatto crudeli e insolite, o intendevano proibire qualsiasi discriminazione che sia di fatto incoerente con la pari cittadinanza); e dall'altra una lettura concreta e temporalmente situata (che essi intendevano dire che punizioni largamente ritenute crudeli e insolite nel tempo in cui parlavano, o discriminazioni allora generalmente concepite come basate su distinzioni inique, sono proibite) (4). Se l'interpretazione corretta è quella astratta, allora i giudici che cercano di tener fede al testo oggi devono chiedersi qualche volta se le pene che gli estensori della Costituzione non avrebbero considerato crudeli - ad esempio quella capitale - sono nondimeno crudeli, e se le discriminazioni che gli estensori ritenevano coerenti con la pari cittadinanza - ad esempio la segregazione scolastica - nondimeno finiscono per negare l'uguale protezione di fronte alle leggi. Se l'interpretazione corretta è quella temporalmente situata, tali questioni sarebbero fuori luogo, almeno come parte di un esercizio di fedeltà testuale, perché le uniche questioni che porrebbe una interpretazione temporalmente situata riguardano ciò che pensavano gli estensori della Costituzione o il loro pubblico.

Se cerchiamo di rendere il senso migliore del discorso che tali estensori fecero nel contesto in cui parlarono, dovremmo concludere che intendevano evitare comandi e proibizioni astratte, non situate temporalmente. Erano uomini di Stato accorti, i quali sapevano usare il linguaggio che parlavano. Presumibilmente intendevano dire ciò che il popolo che usa le parole che usavano anche loro avrebbe normalmente inteso dire: usavano il linguaggio astratto perché intendevano fissare principi astratti. Elaborarono una costituzione a partire da principi morali astratti, priva di riferimenti espliciti alle loro opinioni (o a quelle dei loro contemporanei) sul miglior modo di applicare tali principi.

Ma questa risposta alla questione di come le clausole costituzionali apparentemente astratte sull'attribuzione di

diritti dovrebbero essere intese rende il compito di giudicare in sentenza le odierne dispute costituzionali molto più difficile di come sarebbe stato se l'interpretazione concreta e temporalmente situata fosse quella corretta. Se gli standard che noi (cittadini, legislatori, giudici) dobbiamo tentare di applicare a partire dalla fedeltà al testo delle clausole astratte sono standard morali astratti, le questioni a cui dobbiamo rispondere e i giudizi che dobbiamo formulare sono di carattere morale. Dobbiamo chiedere: cosa è realmente crudele? Cosa richiede realmente la pari cittadinanza? Quale legislazione è coerente col "due process of law", dato che l'integrità giuridica è l'essenza del processo giuridico e l'integrità richiede che le libertà che la nostra cultura riconosce in gran parte - ad esempio la libertà di coscienza - devono essere rispettate, ad esempio, nelle decisioni legislative individuali sulla libertà di scelta nel morire? (5)

Si tratta di questioni difficili. Cittadini, giuristi e giudici non dovrebbero tentare di rispondervi partendo da zero, ignorando le risposte che gli altri, i giudici in particolare, hanno fornito in passato alle stesse questioni. Come ho detto, ogni strategia di argomentazione costituzionale che miri a una integrità costituzionale complessiva deve cercare risposte che si accordino sufficientemente bene con le nostre prassi e le nostre tradizioni (che facciano presa sufficiente nella nostra storia nonché nel testo della Costituzione) in modo che quelle risposte possono plausibilmente essere prese per descrivere i nostri impegni come nazione. Se, ad esempio, stessi cercando di rispondere come esercizio filosofico alla domanda di cosa significa la pari cittadinanza, ribadirei che i cittadini non sono trattati come uguali dalla loro comunità politica a meno che quella comunità non garantisca loro almeno uno standard minimo decente di alloggio, di cibo e di assistenza medica. Ma se la Corte Suprema dovesse improvvisamente adottare tale concezione e annunciare che gli Stati hanno un dovere costituzionale di fornire l'assistenza sanitaria universale, ciò sarebbe un errore giuridico, perché si starebbe tentando di trapiantare nel nostro sistema giuridico qualcosa che (dal mio punto di vista) non vi si adatta per niente.

Molto spesso, comunque, decisioni controverse che sembrano originali superano quel test di adattamento. Quando

la Corte Suprema nel 1954 stabilì che la segregazione ufficiale in base alla razza era illegale nonostante che per generazioni fosse stato praticato il contrario, non proclamò solo una verità politica accademica. Volle anche richiamare l'attenzione sugli standard generali di uguaglianza che erano saldamente ancorati nella nostra storia, sebbene selettivamente ignorati nella nostra prassi, standard che condannavano le discriminazioni arbitrarie che non servivano ad alcuno scopo legittimo di governo. La Corte fu capace di argomentare in maniera convincente che la pratica della segregazione razziale era incoerente con una lettura più ampia del principio. Penso che si potrebbe dire lo stesso per la decisione della Corte inerente l'aborto, nel caso "Roe v. Wade". In quel caso, la Corte doveva chiedersi se l'idea che certe libertà basilari sono in linea di principio immuni da regolazione governativa, un'idea che è insita attraverso i precedenti nel Quattordicesimo Emendamento, garantisce un diritto più concreto all'aborto ai primi stadi di sviluppo del feto.

Propongo questi esempi per rendere chiaro che sebbene pensi che il giudizio morale richiesto per applicare i principi morali astratti della Costituzione sia vincolato dalla storia e dai precedenti, in virtù degli imperativi dell'integrità giuridica, non è ovviamente esaurito da quella storia. Rimangono inevitabilmente nuove questioni morali: ad esempio, il diritto all'aborto è così fondamentale da rientrare nelle libertà basilari che definiscono il "due process of law"? Perché non risulta più fedele alla Costituzione assegnare tali questioni non ai giudici odierni ma a quelli che hanno elaborato e ratificato quel documento, almeno nella misura in cui possiamo scoprire o arguire le risposte che avrebbero dato? Ho già ribadito che dobbiamo guardare alle intenzioni "semantiche" degli autori per scoprire cosa significhino le clausole della Costituzione. Perché da ciò non segue anche che dovremmo rimetterci alle loro intenzioni "politiche", ai loro presupposti e aspettative di come dovrebbero essere applicate le clausole che hanno scritto? Se gli estensori della clausola di "equal protection" non pensavano che le scuole che praticano la segregazione razziale negassero la pari cittadinanza, perché ciò non esaurisce la questione di che cosa richieda la fedeltà a quella clausola?

In realtà, comunque, fare tale passo ulteriore è una grave

confusione intellettuale e un errore costituzionale. Dal fatto che le intenzioni semantiche di uomini di Stato storici stabiliscono inevitabilmente ciò che "dice" il documento elaborato è una fallacia inferire che il tenere fede a ciò che hanno detto significhi applicare quel documento come loro speravano o si aspettavano o ritenevano che sarebbe stato applicato. Immaginate di essere il proprietario di una grande impresa che ha un posto libero in uno dei suoi settori. Chiamate il vostro dirigente e gli dite: «Ricopra per favore il posto libero col miglior candidato disponibile. A proposito - aggiungete senza fargli l'occhiolino o dargli un colpetto col gomito - lei dovrebbe sapere che mio figlio è uno dei candidati per questo posto». Presupponete di essere onestamente convinti che vostro figlio sia il candidato più qualificato. Inoltre presupponete che non avreste dato al manager queste istruzioni a meno che non foste certi che era ovvio per chiunque, lui compreso, che vostro figlio fosse il miglior candidato. Infine presupponete che il vostro manager sappia tutto ciò: che se la scelta spettasse a voi, in coscienza indichereste vostro figlio come il candidato più qualificato.

Eppure non gli avete detto di assumere vostro figlio. Gli avete detto di assumere il miglior candidato. E se, a suo giudizio, non è vostro figlio il miglior candidato ma qualcun altro, allora assumendo l'altro candidato egli seguirebbe le vostre istruzioni, mentre assumendo il candidato che voi volete e vi aspettate che ottenga il lavoro contravverrebbe alle vostre istruzioni. Potreste licenziarlo - spero che non lo farete - se seguisse le vostre istruzioni in tal modo. Ma non potrete negare che sia stato fedele alle vostre istruzioni e che non sarebbe stato fedele se avesse ceduto al vostro punto di vista sul candidato migliore invece del proprio. Un agente è infedele a un'istruzione a meno che non intenda fare ciò che richiede l'istruzione, propriamente interpretata. Se l'istruzione fissa uno standard astratto, egli deve decidere cosa soddisfi quello standard, che è ovviamente una questione diversa dalla questione di ciò che una certa persona, o qualunque persona, pensi che soddisfi quello standard. I legislatori e i giudici contemporanei sono soggetti alla stessa richiesta rigorosa.

Il problema della fedeltà è stato al centro di un incontro a

Princeton diversi anni fa, durante il quale il giudice della Corte Suprema Scalia ha tenuto due "Tanner Foundation Lectures", quattro commentatori hanno replicato a queste lezioni, e Scalia ha risposto alle repliche. Gli atti sono stati pubblicati (dopo che i partecipanti hanno rivisto e ampliato le loro osservazioni originali) in un volume dal titolo "A Matter of Interpretation" (6). I commenti di due dei partecipanti, Scalia e Tribe, illustrano entrambi la difficoltà e l'importanza della distinzione che ho appena sottolineato: quella fra l'intenzione semantica (ciò che gli estensori della Costituzione intendevano dire) e l'intenzione politica o di aspettativa (ciò che si aspettavano sarebbe stata la conseguenza del loro dirlo).

Nelle mie osservazioni a quell'incontro, ho usato tale distinzione per mettere in contrasto due forme di ciò che Scalia ha chiamato «originalismo»: l'originalismo semantico, che prende come senso costituzionale decisivo quello che i legislatori intendevano dire collettivamente; e l'originalismo di aspettativa, che rende decisivo quello che si aspettavano di realizzare nel dire ciò che dissero. Notai che nella sua prima "Tanner Lecture" Scalia aveva fatto propria la prima versione di originalismo, ma che nella sua seconda lezione, nelle sue osservazioni sull'interpretazione costituzionale, si era basato invece sull'intenzione di aspettativa: come in effetti, dissi, aveva fatto nel corso della sua carriera alla Corte Suprema.

Nella replica ai miei commenti che è stata pubblicata, Scalia ha accettato la distinzione e si è dichiarato un originalista semantico piuttosto che di aspettativa. Ha sostenuto che non c'era l'incoerenza fatta notare da me, ma in un modo da confermare il mio sospetto che la sua prassi costituzionale abbia abbandonato la fedeltà che va predicando. Allora avevo adoperato uno degli esempi ripresi anche qui (l'interpretazione di «crudele» nell'Ottavo Emendamento) per illustrare la differenza fra originalismo semantico e di aspettativa. Nel suo intervento Scalia ha sostenuto che il fatto che gli estensori di quell'emendamento contemplassero in altri passi del "Bill of Rights" la possibilità della pena capitale (dichiarando ad esempio nel Quinto Emendamento che la «vita» non può essere tolta senza il "due process of law") era una chiara prova che non intendevano proibirlo nell'Ottavo Emendamento. Ho detto che se Scalia fosse un vero originalista

semantico, nella sua argomentazione avrebbe presupposto qualcosa che sembra molto strano: ossia che gli estensori intendevano dire, usando le parole «crudele e inusuale», che dovevano essere proibite punizioni generalmente ritenute crudeli al tempo in cui parlavano. Cioè che essi si sarebbero espressi più chiaramente se avessero usato, al posto del fuorviante linguaggio che effettivamente usarono, l'espressione «punizioni ampiamente considerate crudeli e inusuali al momento di questa promulgazione». Scalia ha replicato che la sua argomentazione sulla pena capitale non presuppone nulla del genere, e ha definito la mia osservazione contraria una «caricatura» della sua concezione. Ad ogni modo, dopo solo poche righe, egli espone tale concezione: quello che l'Ottavo Emendamento decreta è «la valutazione da parte della società allora esistente di cosa è crudele. Significa [...] ciò che noi [vale a dire, gli estensori e i loro contemporanei] consideriamo oggi crudele». Trae poi la conclusione appropriata: «In base a quest'analisi, è completamente chiaro che la pena capitale, ampiamente in uso nel 1791, non viola il principio morale astratto dell'Ottavo Emendamento» (7). A meno che questi ultimi passaggi non abbiano un significato profondo che non sono in grado di penetrare, essi sostengono "esattamente" la concezione che Scalia, appena poco prima, ha rifiutato tacciandola di essere una caricatura.

Così Scalia, messo di fronte a un resoconto di ciò che la sua posizione costituzionale presupporrebbe se fosse un originalista semantico, lo rifiuta come illogico. Ma quando, immediatamente dopo, tenta di presentare una concezione che sia fedele al testo della Costituzione e coerente con le proprie attitudini costituzionali, è costretto a presentare la stessa concezione che ha appena rifiutato. La sua posizione teorica è perciò contraddittoria. Non può inibire il suo giudizio di sentenza costituzionale ["constitutional adjudication"], che in realtà ha poco a che fare col tener fede alla Costituzione. Potrebbe esserci una illustrazione più drammatica della difficoltà in cui si muovono i giuristi costituzionali come Scalia? Devono professare la fedeltà ma nella prassi si sentono vincolati a sconfessarla.

Sebbene Tribe sia il "liberal" più importante, impassibile e intransigente tra noti professionisti costituzionali, le sue

osservazioni mostrano come si trovi di fronte a un dilemma sorprendentemente simile a quello di Scalia, sebbene mi ci vorrà più tempo per identificarlo. Tribe inizia i suoi commenti, pubblicati in versione molto estesa, dichiarando che è in disaccordo sia con Scalia sia con me: «Non sono d'accordo né con il professor Dworkin né col giudice Scalia che qualcuno possa 'scoprire' [...] fatti empirici su ciò che intendeva dire un insieme finito di attori in un particolare momento del nostro passato». Mi critica in particolare per aver ritenuto che l'interpretazione costituzionale dipenda dal rintracciare tali fatti empirici, e anche per il credere che le interpretazioni costituzionali più recenti «non rappresentino effettivamente niente di nuovo ma [...] siano tutte mere inferenze emergenti da un diretto [...] processo di ragionamento sul nostro modo di accedere alle risposte giuste a questioni di principio che siamo certi che chi ha scritto o ratificato la Costituzione ci ha effettivamente posto molto tempo fa». (Non ho mai sostenuto o difeso niente di simile a questa concezione.)

Secondo me queste osservazioni vogliono dire che Tribe rifiuta ogni requisito di fedeltà al testo costituzionale quando sono possibili differenti interpretazioni di quel testo. E' vero che i suoi rilievi possono essere letti in modo molto più innocuo, ma se lo sono, allora scompare il disaccordo che proclama fra sé, Scalia e me. Possiamo leggerli, ad esempio, come obiezioni soltanto alla fiducia che sembriamo riporre nei giudizi particolari sulla nostra intenzione semantica. Sparge rafforzativi epistemici sulle concezioni che attribuisce a Scalia e a me. Dice, ad esempio, che pur sostenendo lui stesso molte concezioni sull'interpretazione costituzionale, «non pretendo che queste siano conclusioni "rigorosamente dimostrabili", o non le confondo con concezioni "universalmente sostenute"». Presenta altrove, come «lettura dworkiniana» del Primo Emendamento, il fatto che esso fosse «indirizzato in modo "autoevidente" ad applicare un principio morale astratto», e nega che questa pretesa di autoevidenza «sia anche "dimostrabile"». Disprezza ciò che identifica come «"certezze" senza dubbio sincere (ma nondimeno erronee)» mie e di Scalia (8).

Ovviamente, né Scalia né io accetteremmo che le nostre opinioni siano presentate così. Può essere utile in chiave

polemica agghindare le concezioni degli oppositori con espressioni di questo tipo, ma ciò degrada l'argomentazione perché nessuno difenderebbe concezioni siffatte. L'interpretazione costituzionale non è una scienza esatta, e nessuno a parte un pazzo sosterebbe i propri giudizi costituzionali oltre ogni concepibile dubbio. Argomentiamo a favore delle nostre interpretazioni costituzionali fornendo la tesi migliore e più onesta possibile a sostegno della loro superiorità contro le interpretazioni rivali, sapendo che gli altri inevitabilmente rifiuteranno i nostri argomenti e che non possiamo richiamarci a principi condivisi di morale politica o di metodologia costituzionale per dimostrare che siamo nel giusto (9).

Possiamo anche leggere i commenti di Tribe in modo innocente supponendo che tutto ciò che vuol rifiutare, nelle concezioni mia e di Scalia, è una cattiva metafisica dell'interpretazione. Quando nega la possibilità di scoprire fatti «empirici» su ciò che le persone intendevano nel passato, può intendere semplicemente che non è possibile stabilire legami mentali diretti con la fenomenologia di una o più persone morte. Ma ovviamente questo non è quello che Scalia o io abbiamo in mente. Come ho detto prima, le persone traducono ciò che altre persone hanno detto - al tavolo da pranzo ma anche nei secoli - per mezzo di un processo di interpretazione costruttiva che non mira a guardare dentro la testa degli altri, ma a fornire il miglior senso possibile del loro linguaggio e del loro comportamento (10). Questo è un processo normativo, non «empirico». Quando l'oggetto dell'interpretazione è un atto politico, si tratta di un processo particolarmente complesso e non possiamo accordarci su una traduzione, se non attribuendo principi o scopi politici a un gruppo i cui membri possono essere divisi politicamente. Ma l'essenza dell'interpretazione costruttiva rimane la stessa, tanto in un caso complesso come questo quanto in quelli individuali: dobbiamo trovare una traduzione che spieghi l'evento linguistico meglio di quanto faccia ogni possibile traduzione rivale, e nel caso politico lo giustifichi anche meglio. Questa era la mia ambizione nel sostenere che attribuiamo maggior senso alle grandi clausole costituzionali astratte supponendo che asseriscano grandi principi astratti. E' anche l'ambizione di Scalia nel sostenere la

concezione contraria, nella misura in cui lo fa, come mostra ogni cosa che dice a suo favore.

La questione pertinente non è perciò se possiamo «dimostrare» o stabilire «certezze» o proposizioni «autoevidenti» su ciò che intendevano dire gli estensori della Costituzione, o se possiamo tirare fuori dalla storia stati mentali e sottoporli a un esame meramente «empirico». Si tratta invece del fatto se, pur non potendo fare niente del genere, dobbiamo nondimeno decidere quale interpretazione di quello che hanno detto gli estensori sia tutto sommato la migliore, anche se controversa. Se Tribe è effettivamente in disaccordo con Scalia e con me, deve pensare che dato che nel migliore dei casi è incerto ciò che gli estensori intendevano dire, noi non dovremmo né avremmo affatto bisogno di giungere a una conclusione su tale faccenda, almeno nel caso delle grandi clausole astratte, ma dovremmo condurre l'interpretazione costituzionale in un modo che non implichi tali conclusioni: attraverso un richiamo diretto alla nostra propria morale politica, forse, o a ciò che riteniamo la morale politica dominante del nostro tempo.

Ma sebbene questa sia una posizione coerente, e piaccia, come ho detto, a molti commentatori, sembra chiaramente contraddire altre tesi che Tribe sostiene con uguale fervore. In altri passi del suo commento alla "Tanner Lecture" di Scalia, ad esempio, Tribe fa propria una forma molto forte di fedeltà testuale. «Condivido tuttavia col giudice Scalia la credenza che il testo scritto della Costituzione abbia "predominanza" e debba essere considerato il punto di partenza fondamentale, che niente che sia incompatibile col testo possa essere propriamente considerato parte della Costituzione; e che alcune parti della Costituzione non possano plausibilmente essere suscettibili di interpretazioni significativamente differenti» (11). Questa è una dichiarazione molto forte di fedeltà testuale: più forte di quella che sosterrai io stesso, perché, come ho detto, in linea di principio il precedente e la prassi nel tempo possono avere la meglio anche su una parte di dati interpretativi così basilari come il testo della Costituzione, quando non si può trovare alcun modo di riconciliare testo e prassi in un'interpretazione costruttiva generale.

Sono d'accordo con Tribe, comunque, che il testo debba

avere un ruolo molto importante: dobbiamo mirare a un insieme di principi costituzionali che possiamo difendere come coerenti con l'interpretazione più plausibile a disposizione di ciò che dice il testo stesso, ed essere molto riluttanti ad accontentarci di qualsiasi altra cosa.

Ma un testo non è solo una serie di lettere e spazi: consiste di proposizioni, e non possiamo dare a un testo «predominanza» - o una qualsiasi altra posizione - senza una "semantica", cioè senza un'interpretazione che specifichi cosa significhino le lettere e gli spazi (ammesso che significhino qualcosa). Fino a che non interpretiamo le lettere e gli spazi in tal modo, non possiamo avere idea di cosa sia o non sia «incompatibile» col testo, o se il testo sia vago o ambiguo, o se possa «essere plausibilmente aperto a interpretazioni significativamente differenti». Dunque le osservazioni di Tribe sulla predominanza del testo presuppongono una strategia semantica. Quale?

La strategia naturale è quella che ho appena descritto: decidiamo quali proposizioni contenga un testo assegnando intenzioni semantiche a coloro che lo hanno elaborato, e lo facciamo cercando di dare il senso migliore possibile a ciò che hanno fatto quando lo hanno fatto. Ma se Tribe pensa effettivamente di essere in disaccordo con Scalia e con me, deve rifiutare questa strategia. Quali sono le alternative? Qualcuno potrebbe dire che dovremmo interpretare un testo antico come la Costituzione non cercando di capire cosa hanno detto coloro che lo hanno elaborato ma presupponendo che significhi ciò che era ritenuto significare nel passato. Ci sono problemi di regressione in questa strategia, ma non abbiamo bisogno di approfondirli perché la strategia non è in alcun caso un modo di dare al testo la predominanza indipendente che Tribe desidera. Al contrario, essa nega che il testo abbia qualsiasi ruolo indipendente nell'interpretazione odierna.

Si consideri, perciò, questa differente possibilità (forse suggerita dall'osservazione di Tribe su alternative «plausibili»). Qualcuno potrebbe dire che la predominanza testuale richieda solo che nessuna interpretazione costituzionale sia ritenuta accettabile a meno che le stringhe di caratteri e di spazi che costituiscono il testo possano essere usate, nell'una o nell'altra circostanza, per esprimere la proposizione che esso enuncia.

Questo vincolo estremamente debole permetterebbe ai giudici di dichiarare un ampio diritto «morale» costituzionale alla libertà di parola a prescindere dal fatto se gli estensori abbiano inteso stabilire un principio morale astratto nel Primo Emendamento, perché la stringa di lettere e di spazi che hanno usato "poteva" essere usata per dichiarare un principio astratto. (In base a una concezione della predominanza del testo in poesia, potremmo interpretare il "Paradiso perduto" come omofobico, perché le lettere che formano la parola «gay» sono usate ora per formare una parola che si riferisce agli omosessuali.) Ma questa strana strategia interpretativa è arbitraria e immotivata in relazione a principi giuridici o politici. Perché dovrebbe essere rilevante se le iscrizioni trovate nella Costituzione potrebbero essere usate o no per asserire una particolare proposizione, a meno che non pensiamo che quella fosse la proposizione che asserivano di solito? Non sarebbe ugualmente sensato dire invece che il testo deve essere primariamente inteso nel suo senso di anagramma: cioè in grado di proibire tutto ciò che le sue lettere possono proibire una volta "ricomposte"?

Dunque è estremamente difficile riconciliare le solenni promesse di Tribe a favore della fedeltà testuale con qualsiasi strategia interpretativa che non sia quella naturale. Ma questa è l'unica che deve rifiutare se è effettivamente in disaccordo con me e Scalia. C'è ancora un altro problema. In molti altri passi Tribe presuppone chiaramente che tale strategia naturale sia l'unica corretta e che non abbia senso supporre che gli estensori intendevano dire una cosa piuttosto che un'altra quando le parole che hanno usato potevano essere usate per dirle entrambe. Nel testo ampliato per la pubblicazione ha aggiunto, ad esempio, l'argomento che proposi al convegno e che ho ripetuto qui: che la fiducia di Scalia in altre parti del "Bill of Rights" come prova che l'Ottavo Emendamento non proibisce la pena capitale è incoerente col suo professato originalismo semantico (12). Ma la mia accusa di incoerenza dipende assolutamente da un'affermazione su ciò che gli estensori hanno inteso dire nell'Ottavo Emendamento. Se hanno inteso affermare la proposizione che ho ritenuto presupposta da Scalia - che sono proibite le pene inusuali e crudeli secondo la generale opinione del tempo - allora

l'argomento testuale di Scalia non sarebbe incoerente: al contrario, sarebbe convincente. Possiamo considerarlo incoerente soltanto se possiamo confidare, come certamente sembra fare Tribe in questo contesto, nel fatto che gli estensori non intendevano asserire quella clausola datata, ma una astratta. Adottando questo argomento, egli si basa esattamente sul tipo di giudizio per cui critica Scalia e me in quanto supponiamo di poterlo formulare.

Neanche questi passi esauriscono il mistero. Tribe è un polemista molto abile, e non rinuncia facilmente agli argomenti a proprio favore. Dice di essere d'accordo che il Primo Emendamento asserisca un principio di morale politica. Perché allora rifiuta l'argomento che, in base alla migliore interpretazione, esso intendeva esprimere un tale principio? Perché dichiara un disaccordo con Scalia e con me, disaccordo che deve forzare per rendere genuino, che fa divenire incoerente la maggior parte di ciò che dice, se ha ragione, e che gli fa perdere argomenti evidentemente forti a sostegno di molte sue convinzioni costituzionali? La risposta è sostenuta in maniera convinta all'inizio di un altro passo: dice che vuole prevenire l'interpretazione costituzionale «dal degenerare nell'imposizione di preferenze o valori personali di qualcuno sotto l'etichetta di esegesi costituzionale [...]» (13). Sebbene, come ho detto, i giudici che interpretano una Costituzione morale astratta non sottopongono semplicemente questioni alla loro coscienza, questo è certamente parte di ciò che devono fare. Tribe vorrebbe essere in grado di sconfessare ogni affidamento a ciò che gli estensori intendevano promulgare perché crede, come me, che in base alla concezione più convincente, essi intendevano promulgare una Costituzione che non lasciasse a giudici e giuristi fedeli alcuna scelta tranne quella di fare ciò che si preoccupa sia illegittimo.

Ma Tribe non ha a disposizione alcun modo di uscire da questo dilemma. Si noti come chiuda la frase di cui ho già citato l'inizio: «[...] si deve riconoscere quanto sia difficile il compito; evitare ogni pretesa che esso possa essere ridotto a un processo passivo di "scoperta" piuttosto che di "costruzione" di un'interpretazione, e sostituire questa pretesa con una descrizione franca, sebbene possa essere incompleta e non probante, del motivo per cui qualcuno ritenga la ricostruzione

proposta del testo degna di accoglienza, alla luce della Costituzione come un tutto e della storia delle sue interpretazioni» (14). La parte conclusiva della frase, in altri termini, non mitiga in alcun modo la preoccupazione iniziale, ma la conferma soltanto. Anche i giudici che badano alla «Costituzione come un tutto e alla storia delle sue interpretazioni», come l'integrità richiede loro di fare, devono nondimeno dispiegare le loro convinzioni di morale politica nell'argomentare perché le loro interpretazioni sono più «degne di accoglienza» delle altre costruzioni che pure passerebbero il test, e sebbene un «franco» candore sia ovviamente una virtù, non altera ciò su cui si è sinceri.

Le difficoltà di Tribe, anche se parallele a quelle di Scalia, vanno nella direzione opposta. Scalia vuoi apparire come un sostenitore della fedeltà, ma finisce per rifiutarla. Tribe vuol rifiutare la fedeltà, ma finisce per sostenerla. Quale esito è quello giusto? Ecco la domanda che ho rimandato e che ora devo affrontare. La fedeltà costituzionale, propriamente intesa, è una virtù politica o un vizio politico?

Anche una fedeltà all'astratta Costituzione disciplinata dall'integrità richiede giudici, giuristi, legislatori, ed altri interpreti della Costituzione per elaborare nuovi giudizi morali su questioni che dividono profondamente i cittadini, come l'aborto, il suicidio assistito, la giustizia razziale. L'opinione di ogni funzionario su tali questioni è destinata ad essere non solo controversa ma odiata da molti. Forse i nostri giudici farebbero meglio a mettere da parte la fedeltà. Forse ci renderebbero un servizio migliore se non intendessero applicare la Costituzione che abbiamo, ma farne una migliore, o in ogni caso, differente. Se Bush intendesse realmente l'opposto di ciò che dice, forse avrebbe ragione.

Ma quali ragioni possiamo avanzare per mettere da parte la fedeltà? Cosa potrebbe avere la meglio sulla fedeltà? Penso a tre virtù che potrebbero essere ritenute più importanti nel contesto costituzionale. In primo luogo, la fedeltà in alcune circostanze potrebbe essere sopravanzata dalla giustizia. Una società politica si potrebbe trovare gravata da un'organizzazione costituzionale che molti dei suoi membri valutano ora molto ingiusta, e in alcune circostanze i giudici di

quella comunità potrebbero giustamente decidere di ignorare semplicemente tale costituzione. Potrebbero mentire sostenendo pubblicamente che le loro decisioni erano dettate dalla fedeltà, pur sapendo, e forse ammettendolo in privato, che era vero il contrario. O potrebbero (se la loro situazione lo concede) dichiarare semplicemente che loro hanno considerato non più vincolante per se stessi la vecchia costituzione, o almeno una parte di essa. Molte persone pensano adesso, ad esempio, che se fosse stato richiesto ai giudici prima della Guerra Civile di dichiarare incostituzionale il "Fugitive Slave Act", essi avrebbero dovuto farlo nonostante il fatto che (nell'opinione di questi critici) la fedeltà richiedesse il contrario. Possiamo facilmente immaginare uno di quei giudici che dice a se stesso che sebbene la Costituzione non condanni leggi che richiedono ai cittadini di consegnare schiavi fuggitivi, tali leggi erano troppo mostruose per essere applicate.

Ricordo la giustizia come un possibile elemento che ha la meglio sulle esigenze della fedeltà solo per metterla da parte. Infatti il presunto problema che abbiamo identificato non è che la fedeltà richiede ai giudici di appoggiare leggi che ritengono immorali. E' più facile l'opposto: che, dato che la Costituzione contiene principi morali astratti, la fedeltà dia ai giudici troppo margine per condannare leggi che sembrano loro ingiuste sebbene siano state promulgate da corpi legislativi propriamente eletti.

Il secondo candidato che potrebbe avere la meglio sulla fedeltà è molto più adeguato. E' la democrazia stessa. La fedeltà a una costituzione morale non implica che i giudici dovrebbero essere gli arbitri finali di ciò che quella costituzione richiede nelle controversie concrete. Ancora, nella nostra organizzazione politica, i giudici federali sono le autorità finali del diritto costituzionale, e molti studiosi, giudici e cittadini non ritengono democratico che i giudici formulino i tipi di giudizio morale richiesti dalla vera fedeltà, perché in una democrazia genuina il popolo dovrebbe decidere da sé questioni fondamentali di morale politica. Se abbiamo a cuore la nostra democrazia, secondo questa obiezione, dovremmo chiudere un occhio sulla fedeltà, almeno nel caso delle grandi clausole astratte della Costituzione, e insistere per

un ruolo più modesto delle nostre corti.

E' fondato questo argomento? Tutto dipende da cosa si intende per democrazia. Difatti possiamo distinguere due concezioni della democrazia, una delle quali giustificherebbe sicuramente questa critica, mentre l'altra no. La prima è una concezione maggioritaria. L'essenza della democrazia, secondo tale concezione, è che tutte le questioni di principio devono essere decise da un voto di maggioranza: la democrazia, in altre parole, è la regola assoluta della maggioranza. Se questo è ciò che significa democrazia, allora ovviamente uno schema di revisione giudiziaria che dia ai giudici il potere di mettere da parte giudizi di morale politica approvati da una maggioranza è antidemocratico. Ma supponete che definiamo la democrazia in un altro modo: come autogoverno di tutte le persone che agiscono insieme come membri di uguale importanza di una comune impresa cooperativa. Secondo la mia prospettiva, questa è una concezione dello spirito della democrazia molto più convincente della tesi maggioritaria. La regola della maggioranza è democratica solo quando certe condizioni prioritarie - le condizioni democratiche di uguale partecipazione - sono raggiunte e garantite.

Quali sono queste condizioni? Ho cercato di definirle in una certa ampiezza nel mio libro "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution" (15). In primo luogo, non può esserci alcuna democrazia concepita come una impresa comune di autogoverno, se non viene data a tutti i cittadini un'opportunità di svolgere una parte uguale nella vita politica, e ciò non significa soltanto pari diritto di voto, ma anche pari diritto di espressione nelle deliberazioni pubbliche formali e negli scambi morali informali. Questo è il diritto garantito in linea di principio dal Primo Emendamento. In secondo luogo, non può esserci alcuna democrazia così concepita se le persone non hanno, come individui, un'uguale partecipazione nel governo. Con questo si deve intendere che gli interessi di ognuno devono essere presi in considerazione allo stesso modo nel determinare dove risieda l'interesse collettivo. Credo che questo requisito sia alla base della clausola di "equal protection", propriamente intesa. In terzo luogo, non può esserci alcuna impresa comune democratica se agli individui non viene garantita una sfera privata in cui sono

liberi di prendere da sé la maggior parte delle decisioni etiche e religiose, di cui rispondono alla loro coscienza e al loro giudizio, non a quello della maggioranza. Nessuno può considerarsi membro a pieno e pari titolo di una società organizzata che rivendica l'autorità di decidere per lui ciò che egli pensa che il rispetto di sé gli richieda di decidere. Questa è la base della garanzia di libertà religiosa del Primo Emendamento, e anche la garanzia -realizzata finora in modo solamente imperfetto - di indipendenza nelle fondamentali scelte etiche che definiscono il senso attribuito da ogni individuo alle ragioni per cui la sua vita è apprezzabile e a cosa significhi il successo in essa, garanzia contenuta nella clausola del "due process" .

Secondo la concezione alternativa della democrazia - potreste chiamarla democrazia partecipata - il dominio della maggioranza non è nemmeno legittimo, per non dire democratico, se alla fine tali condizioni non si raggiungono in modo almeno sostanziale. Dunque se adottate questa prospettiva partecipativa della democrazia, viene a cadere l'argomento che nella sua natura la revisione giudiziaria sia incoerente con la democrazia. Non intendo dire, come ho già detto, che la democrazia costituzionale richieda positivamente una struttura come la nostra, una struttura che riporti in un documento fondamentale scritto le condizioni democratiche e assegni a corti l'autorità interpretativa finale in grado di stabilire se queste condizioni siano state raggiunte. Potreste pure pensare che sarebbe stato meglio aver dato questa responsabilità a qualche istituzione speciale eletta, che fosse sciocca la decisione che abbiamo preso o ratificato nel diciannovesimo secolo di dare a giudici non eletti tale responsabilità interpretativa. Ma si tratta di una questione differente. Non potete dire senza aggirare il problema che la maggioranza ha titolo automatico e predefinito a prendere quelle decisioni interpretative, perché ovviamente la maggioranza non ha alcun titolo a governare se quelle condizioni non sono soddisfatte. Si aggira il problema pensando che il concetto di democrazia possa imporre a quali istituzioni dovrebbe o non dovrebbe essere data l'autorità interpretativa finale. Questa decisione, come ho sostenuto in "Freedom's Law", deve essere presa su altre basi.

Abbiamo ora considerato due possibili candidati ad avere la meglio sulla fedeltà. Abbiamo escluso il primo (che una costituzione potrebbe essere così ingiusta da annullare la fedeltà) come non pertinente al presente argomento. Abbiamo approfondito il secondo (che sotto la nostra organizzazione di governo, la quale assegna l'autorità interpretativa finale ai giudici, la fedeltà alle clausole morali astratte della Costituzione dia un potere non democratico a tali funzionari). Ora voglio discutere, seppur brevemente, una terza ragione per avere la meglio sulla fedeltà, che potremmo chiamare pragmatismo giuridico (16). Il pragmatismo ha esercitato una certa influenza per molti decenni sulla teoria giuridica americana, e sta adesso godendo di una sorta di rinascita, in particolare nella teoria costituzionale.

Il pragmatismo giuridico - o almeno una sua importante corrente - sostiene che le decisioni giudiziarie dovrebbero essere limitate, attente, sperimentali. Propone questa tesi non in virtù di un interesse per la democrazia, ma per la convinzione che i giuristi e i giudici sarebbero più utili alla società cercando di scoprire quello che realmente funziona nella prassi piuttosto che cercando di dedurre decisioni concrete da affermazioni di principio late, ampie e astratte come quelle che richiederebbe la fedeltà al testo della Costituzione. I giudici, sostengono i pragmatisti, si dovrebbero concentrare su circostanze effettive e limitate di casi particolari, cercando soltanto di fornire soluzioni positive a questioni e interessi in quell'ambito ristretto. Soprattutto, i giudici dovrebbero essere cauti a decidere più di quanto debbano decidere in ogni singola occasione. E' meglio che il diritto, incluso il diritto costituzionale, cresca lentamente, in maniera incrementale, per analogia piuttosto che per grandi principi, controllando i suoi passi uno ad uno, cercando poco per volta di far funzionare meglio il diritto. La fedeltà alla nostra Costituzione astratta impone un procedimento contrario. Richiede ai giudici di costruire interpretazioni in larga scala di grandi principi morali. Ci pone, secondo questa prospettiva, esattamente nella direzione sbagliata.

Il pragmatismo giuridico sembra meravigliosamente saggio, non è vero? Sembra molto americano, empirista, perfino realista, e, in particolare quando prendete in considerazione i

maggiori esponenti di quella prospettiva, molto "Chicago". Una specie di norcino tarchiato per il mondo, e tutto il resto. Ma la sua voce, con una trasformazione appropriata di dizione e di sfumatura, è anche quella di Oliver Wendell Holmes, il santo patrono di quest'approccio, il quale ha detto che la vita del diritto non risiede nella logica ma nell'esperienza. E' la voce dei realisti giuridici americani, come sono stati definiti, che hanno trasformato la formazione giuridica americana a partire dagli anni Trenta ribadendo che il diritto accademico avrebbe dovuto diventare più pratico, più immerso nei fatti, meno teorico e astratto.

Fin a un certo punto, questa voce pragmatista ci dà un consiglio fondato (anche se prevedibile). Ci ricorda che è bene essere informati quanto è possibile e buttare un occhio alle conseguenze quando si fa o si decide qualcosa. Ma offre davvero un argomento per avere la meglio sulla fedeltà costituzionale e ignorare le grandi questioni di principio politico astratto che richiedono le sentenze costituzionali nello spirito della fedeltà?

Dobbiamo distinguere due situazioni in cui si potrebbe trovare una comunità politica. Nella prima, essa ha una idea alquanto precisa di quali beni voglia perseguire attraverso il diritto, sia esso costituzionale o di altro tipo (un buon senso, potremmo dire, riguardo dove vuole andare a parare). Vuole tenere bassa l'inflazione, ad esempio, ma avere anche una crescita sostenuta. Vuole un dibattito politico vivace, un tasso di criminalità inferiore, e meno tensione razziale. Essa saprebbe quando ha raggiunto questi obiettivi, ma ora non ha chiaro come perseguirli. In alcuni casi del genere, potrebbe in realtà essere utile dire a una comunità di questo tipo di non tentare di risolvere i propri problemi costruendo prima grandi principi economici o morali e poi procedendo in base ad essi, ma cercare invece di essere sperimentali (cercare una cosa dopo un'altra, solo per vedere quale funzioni).

Nella seconda situazione, il problema della comunità non è che essa non conosce quali mezzi sono da considerarsi migliori per raggiungere degli scopi ben identificati. Piuttosto, essa non sa quali scopi "dovrebbe" perseguire, quali principi "dovrebbe" rispettare. Vuole essere una società equa, una società giusta, ma non sa se ciò significhi, ad esempio, maggiore libertà delle

persone di prendere decisioni sessuali intime nei propri confronti, oppure se significhi dare priorità alle minoranze nelle assunzioni e nell'istruzione. La sua difficoltà non è che non ha una base fattuale per poter predire le conseguenze di una maggiore libertà sessuale o dell'adottare programmi di "affirmative action" (o, almeno, questo non è il suo solo problema). Il suo problema più profondo sta nel non sapere se queste conseguenze sarebbero dei miglioramenti complessivi o dei difetti ulteriori riguardo alla giustizia e all'equità delle sue strutture. In queste circostanze, non è evidente che il saggio consiglio del pragmatista - pratico ed empirico, di cautela e astinenza teorica - è privo di valore?

Quando siamo nella seconda situazione, non possiamo evitare principi generali chiedendoci se ogni particolare passo «funzioni». Non possiamo farlo perché nessuno può avere un'opinione su "cosa sia" il funzionare fino a che non ha presupposto, per quanto in via provvisoria, un principio generale che identifichi un certo passo come un passo in avanti invece che come un passo indietro. Senza precisare quali negazioni di libertà o distinzioni di trattamento siano ingiuste e perché, non si può decidere se rende più giusta una società godere di maggiore libertà sessuale o praticare l'"affirmative action". Possiamo, è vero, presentare a noi stessi un test sostitutivo. Possiamo dire che una società o un programma giuridico sta funzionando se riduce la tensione sociale, se sembra aiutarci a vivere insieme con una tensione meno evidente. Ma questa strategia presuppone che una riduzione della tensione sia un segno di miglioramento nella giustizia sociale, e magari è vero il contrario. Forse, se imponiamo una limitazione più stretta alle aspirazioni sociali e professionali delle minoranze, come abbiamo fatto per molti decenni, non ci sarà alcuna tensione ora e in futuro. Si potrebbe dire che quando le Jim Crow (17) cessarono di funzionare, dopo la seconda guerra mondiale, la nazione le abbandonò nello spirito del pragmatismo. Ma quei lunghi decenni di acquiescenza furono decenni di ingiustizia, e non possiamo spiegare perché senza costruire un resoconto della pari cittadinanza che, nella natura del caso, dev'essere un principio generale di portata costituzionale.

E non aiuterebbe nemmeno sostenere che i casi

costituzionali dovrebbero essere decisi per analogia piuttosto che in linea di principio perché (parafrasando Kant) le analogie senza principi sono cieche. Quale analogia avrebbe dovuto adottare la Corte Suprema quando chiese se le donne hanno diritto ad abortire ai primi stadi di sviluppo del feto? Un aborto assomiglia per certi versi a un infanticidio, per altri versi a un'appendicectomia, per altri ancora alla distruzione di un'opera d'arte. Quale di queste similitudini sia di fatto appropriata, ammesso che qualcuna lo sia, dipende da un'ampia rete di argomentazioni: non c'è niente là fuori che sia soltanto da «vedere». Possiamo usare analogie nello stabilire conclusioni raggiunte tramite principi, ma non come percorsi differenti verso quelle conclusioni.

Cosa dire della vecchia regola, dettata dalla saggezza giuridica convenzionale, secondo la quale i giudici non dovrebbero mai tentare di sviluppare un principio costituzionale oltre ciò che è richiesto dal caso in questione (cioè non dovrebbero «allargarsi» a decidere questioni di principio che non siano immediatamente davanti a loro)? Se leggiamo la Costituzione come ho consigliato, come una carta di principi, e se ribadiamo che è responsabilità dei giudici dare un nome a questi principi e definirne misura e ambito, dobbiamo suggerire loro di venir meno a quel vecchio consiglio?

Non necessariamente. I giudici evitano il dovere di tener fede alla Costituzione raggiungendo il risultato che nel caso in questione segue dall'interpretazione migliore di un astratto principio di moralità costituzionale. La fedeltà non richiede loro per se stessa di affermare il principio in maniera più ampia di quanto sia necessario per tale scopo limitato. Ma dovremmo notare che affermare un principio in modo sufficientemente ampio da mostrare perché si applica "davvero" alla questione in gioco significherebbe spesso affermarlo in modo abbastanza ampio da giustificare conclusioni su altri casi; e almeno qualche volta non c'è alcun beneficio evidente, ma qualche costo evidente, nel rifiuto da parte dei giudici di porre attenzione a questo fatto. Considerate, ad esempio, il caso del 1966 "Romer v. Evans", nel quale la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale il provvedimento costituzionale dello Stato del Colorado che privava le sue città e ripartizioni

del potere di riconoscere agli omosessuali diritti civili contro la discriminazione.

La decisione della Corte non menzionò nemmeno il caso "Bowers v. Hardwick", la vergognosa decisione emessa da essa stessa un decennio prima, in cui dichiarava costituzionale la legge della Georgia che rendeva la sodomia omosessuale fra adulti consenzienti un reato. Molte persone plaudirono alla reticenza della Corte nel rifiutare espressamente di abrogare la decisione precedente, alla luce del fatto che il principio su cui si era basata nel caso "Evans" era palesemente incoerente con la decisione precedente (18). Dissero che la questione nel caso della Georgia era tecnicamente indipendente, sebbene lo stesso principio riguardasse entrambi.

La Corte abrogò la decisione del caso "Bowers" più tardi, nel 2003, nel caso "Lawrence v. Texas". Forse c'era qualche motivo per il fatto che la Corte avesse aspettato sette anni. Ma quando sono in gioco i diritti costituzionali, c'è un rischio grande e permanente da fronteggiare contro ogni ragione che le corti possono avere nel posporre il riconoscimento delle piene implicazioni di loro decisioni di principio. Questo rischio è quello dell'ingiustizia verso gran parte della gente fino a che non sia raggiunto il giorno della presa di coscienza. Il tempismo costituzionale non ha conseguenze soltanto sulla dottrina, ma anche su come le persone vivono e muoiono. Avere aspettato quei sette anni ha significato che i cittadini omosessuali sono stati costretti a vivere per un altro, irrecuperabile segmento della loro vita come cittadini di seconda classe. La vita non si ferma mentre le passive virtù pragmatiche si drappeggiano in epigrammi e si pavoneggiano negli articoli delle riviste giuridiche.

La nostra maggior prova come nazione, il contributo più fondamentale del nostro paese alla morale politica, è una grande idea, compendiata nelle tre proposizioni seguenti. Primo, la democrazia non è la semplice regola della maggioranza, ma la partecipazione all'autogoverno. Secondo, quella partecipazione è strutturata e resa possibile da una costituzione morale che garantisce a ciascun individuo i prerequisiti di una piena appartenenza. Terzo, siamo obbligati dalla nostra storia a una strategia istituzionale che richiede ai giudici - uomini e donne formati nel diritto - di applicare tali

garanzie di pari cittadinanza. Sicuramente ci sono molti rischi in questa grande avventura politica, come ce ne sono in ogni grande ambizione politica. Ad ogni modo, siamo stati invidiati per la nostra avventura, nonostante i suoi rischi, e oggi siamo sempre più copiati in tutto il mondo, da Strasburgo a Città del Capo, da Budapest a Delhi. Facciamo in modo di non perdere il nostro vigore, quando in tutto il mondo altre persone, seguendo il nostro esempio, stanno acquisendo il loro.

6. IL «POSCRITTO» DI HART E IL SENSO DELLA FILOSOFIA POLITICA.

ARCHIMEDEI.

- "Il progetto di Hart".

Dopo la morte del professor H.L.A. Hart, venne ritrovata fra le sue carte la prima stesura di un lungo commento al mio lavoro sulla teoria giuridica, che sembra volesse pubblicare, una volta finito, come conclusione alla nuova edizione del suo libro più famoso: "Il concetto di diritto". Non ho idea di quanto fosse convinto di questa versione, la quale contiene diverse cose che avrebbe potuto ritenere non del tutto soddisfacenti. E' stata comunque pubblicata come «Poscritto» alla nuova edizione del libro. In questo capitolo discuto la tesi centrale e più rilevante del «Poscritto». Nel "Concetto di diritto", Hart si è proposto di dire cos'è il diritto e come il diritto valido debba essere identificato, e ha messo in luce due caratteristiche rilevanti di questo progetto. Per prima cosa, ha detto, è un progetto descrittivo anziché valutativo da un punto di vista morale o etico: mira a comprendere e non a valutare le penetranti ed elaborate prassi sociali del diritto. In secondo luogo, è un progetto filosofico anziché giuridico. E' compito dei giuristi tentare di scoprire cos'è il diritto in relazione a tematiche particolari (ad esempio, se è contrario al diritto dell'Inghilterra portare a spasso un leone a Piccadilly). Ma identificare cos'è il diritto in generale non è solo un esercizio giuridico particolarmente ambizioso, ma anche un esercizio filosofico, che richiede metodi completamente differenti da quelli che i giuristi usano ogni giorno.

Ho messo in discussione entrambe queste tesi. Ho sostenuto

che una teoria generale, come quella di Hart, su quando il diritto debba essere ritenuto valido non è una descrizione neutrale della prassi giuridica, ma un'interpretazione che mira non semplicemente a descriverla ma anche a giustificarla: a mostrare perché la prassi sia di valore e come dovrebbe essere condotta in modo da sostenere e accrescere quel valore (1). Se è così, allora la teoria giuridica stessa si basa su giudizi e convinzioni di carattere morale ed etico. Sostengo che anche l'argomentazione giuridica comune ha lo stesso carattere: un giudice o un cittadino che deve decidere cosa sia il diritto in relazione a una questione complicata deve interpretare il diritto precedente per vedere quali principi lo giustifichino meglio, e poi decidere che cosa richiedano quei principi nel nuovo caso. In questo modo la teoria giuridica di un filosofo del diritto non è differente nel suo carattere dalle tesi giuridiche comuni che i giuristi formulano caso per caso, sebbene sia sicuramente molto più astratta.

Nel «Poscritto» Hart ribadisce che sono in errore su entrambi i fronti: non ero autorizzato, ha dichiarato, a negare al suo progetto il particolare carattere descrittivo e filosofico che gli rivendicava. Le mie congetture su come i giudici dovrebbero decidere i casi dubbi del diritto sono impegnate e morali, ha detto, perché sto criticando e valutando le loro attività. Egli invece descrive semplicemente queste attività in modo generale e filosofico, e le descrive dall'esterno, non come un partecipante attivo nelle contese giuridiche, ma come uno studioso non impegnato. C'è spazio nella "jurisprudence" per entrambi questi progetti, ha scritto, ma sono progetti differenti.

La concezione di Hart della propria metodologia è caratteristica di molta filosofia contemporanea. Aree specialistiche della filosofia come la metaetica e la filosofia del diritto prosperano ognuna intorno a un qualche genere di prassi sociale, o a un qualche settore particolare di essa, ma senza partecipare ad essa. I filosofi osservano, da fuori e dall'alto, la morale, la politica, il diritto, la scienza e l'arte. Distinguono il discorso di primo livello della prassi che studiano (il discorso dei non filosofi che riflettono e argomentano su ciò che è giusto o sbagliato, legale o illegale, vero o falso, bello o brutto) dalla loro piattaforma di secondo

livello di «meta»-discorso, in cui i concetti di primo ordine sono definiti e indagati, e tesi di primo ordine sono classificate e assegnate a categorie filosofiche. Ho chiamato «archimedeadea» questa concezione della filosofia, e questa è l'età d'oro dell'archimedeismo.

La più comune di queste filosofie specialistiche è la cosiddetta «metaetica». Discute lo statuto logico dei «giudizi di valore» che le persone comuni formulano quando dicono, ad esempio, che l'aborto è moralmente sbagliato, o che la discriminazione razziale è malvagia o che è meglio tradire il proprio paese che i propri amici. Alcuni filosofi che si occupano di metaetica dicono che questi giudizi di valore sono veri o falsi, e che se sono veri allora si rapportano correttamente a un qualche fatto morale indipendente dalla mente. Altri lo negano: dicono che i giudizi di valore non sono descrizioni di una realtà indipendente, ma sono piuttosto espressioni di emozioni o di gusti personali, o raccomandazioni di comportamento, o qualcosa di soggettivo di questo tipo. Ma i filosofi di entrambi i gruppi ribadiscono che le loro teorie (sia la teoria che i giudizi di valore sono oggettivamente veri sia la teoria rivale secondo cui esprimono solo emozioni) non sono esse stesse giudizi di valore. Le teorie filosofiche di secondo ordine sui giudizi di valore, ribadiscono i filosofi, sono neutrali, filosofiche e non impegnate. Non prendono alcuna posizione sulla moralità dell'aborto, della discriminazione, dell'amicizia o del patriottismo. Sono concettuali o descrittive, non sostantive e impegnate.

Ho portato argomenti contro questa concezione della metaetica in precedenti lavori: credo che le teorie filosofiche sull'oggettività o la soggettività delle opinioni morali siano intelleggibili solo come esse stesse giudizi di valore molto generali e astratti (2). Le tesi di Hart sul suo metodo illustrano una forma di archimedeismo correlata a questa ma anche per certi aspetti differente, e che è più rilevante in filosofia politica, inclusa la filosofia del diritto, che in filosofia morale. Ancora una volta, la distinzione fondamentale è tra livelli di discorso: in questo caso fra i «giudizi di valore» sostantivi di primo ordine delle persone normali sulla libertà, l'uguaglianza, la democrazia, la giustizia, la legalità e gli altri ideali politici, e le analisi di secondo ordine, neutrali e filosofiche, di questi

ideali da parte dei filosofi politici. Le persone normali - politici e giornalisti, cittadini e presidenti - sostengono che questi ideali abbiano un'importanza relativa. Discutono se la legalità dovrebbe a volte essere violata per assicurare la giustizia, o se la libertà dovrebbe a volte essere limitata al fine di conseguire l'uguaglianza o salvaguardare la comunità. I filosofi, al contrario, tentano di fornire teorie di cosa sono realmente la legalità, la libertà, l'uguaglianza, la democrazia, la giustizia o la comunità, cioè su cosa le persone comuni stanno discutendo o sono in disaccordo. Ancora una volta il lavoro filosofico, nella loro opinione, è neutrale rispetto a queste controversie. Che cosa sono la libertà o l'uguaglianza e perché il conflitto fra esse sia inevitabile sono questioni descrittive o concettuali e ogni teoria filosofica che risponda a questioni di secondo ordine come queste è neutrale rispetto al problema di quali tra questi valori sia più importante degli altri, di quale dovrebbe essere preferito e quale sacrificato e in quali circostanze.

Anche questa versione di archimedeismo è sbagliata. Sosterrò qui che le definizioni o le analisi dei concetti di uguaglianza, libertà, diritto e così via sono sostantive, normative e impegnate tanto quanto ogni altra opinione su cui si disputa nella battaglia politica intorno a questi ideali. L'ambizione di Hart di una soluzione puramente descrittiva ai problemi centrali della filosofia del diritto è erronea, come lo sono le ambizioni analoghe di molti influenti filosofi politici.

- "Il caso Sorenson".

Per presentare la versione dell'archimedeismo di Hart con maggiori particolari sarà utile avere di fronte l'esempio di un complicato problema giuridico (3). La signora Sorenson ha sofferto di artrite reumatoide e per molti anni ha preso un farmaco generico per alleviare il dolore: l'"inventum". Durante questo periodo l'"inventum" è stato prodotto e commercializzato con diverse etichette da undici diverse aziende farmaceutiche. In realtà quella medicina aveva effetti collaterali gravi e segreti, di cui i produttori avrebbero dovuto essere a conoscenza, e la signora Sorenson prendendolo ha subito danni irreversibili al cuore. Non era però in grado di

provare di quale produttore fossero le pillole che aveva realmente preso, né quando le avesse prese, né di quale produttore fossero le pillole che le avevano realmente fatto male. Ha querelato insieme tutte le aziende farmaceutiche che avevano prodotto l'"inventum", e i suoi legali hanno sostenuto che ognuna di esse era responsabile nei suoi confronti in proporzione alle quote rispettive nel mercato farmaceutico durante gli anni del trattamento. Le aziende farmaceutiche hanno replicato che la richiesta della querelante era assolutamente inedita e contraddiceva la premessa della legislazione sulla colpa civile ["tort law"] stabilita da tempo: che nessuno è responsabile per un danno se non si riesce a provare che l'abbia causato. I legali hanno sostenuto che la signora Sorenson non avrebbe potuto ottenere risarcimenti da nessuno di loro, dato che non poteva provare quale soggetto particolare l'aveva danneggiata né chi aveva prodotto una certa confezione di "inventum" che aveva preso.

In che modo i giudici e i giuristi, in relazione alle loro tesi su cosa richiede effettivamente il diritto, dovrebbero decidere se ha ragione la signora Sorenson o le aziende farmaceutiche? Dal mio punto di vista, come ho detto in precedenza, dovrebbero tentare di identificare i principi generali che sottostanno e giustificano il diritto codificato sulla responsabilità in relazione alla produzione di prodotti, e poi applicare tali principi al caso in questione. Potrebbero allora trovare, come hanno sostenuto le aziende farmaceutiche, che il principio che nessuno è responsabile per un danno che si può provare non essere stato causato né da lui né da qualcuno di cui è responsabile è così fermamente compenetrato nei precedenti che la causa della signora Sorenson deve essere respinta senza accogliere la richiesta di risarcimento. O potrebbero trovare, invece, un sostegno considerevole per il principio opposto (ad esempio, che quelli che hanno tratto profitto da una certa impresa dovrebbero sopportare anche i costi di tale impresa), il quale giustificerebbe il risarcimento in base alle quote di mercato (4). Così, secondo la prospettiva che adotto, la signora Sorenson potrebbe anche avere il diritto dalla sua, ma non necessariamente. Tutto dipende dalla risposta migliore alla difficile questione di quale insieme di principi fornisca la giustificazione migliore per il diritto in

quest'area preso nel suo insieme.

La risposta di Hart a casi come quelli della Sorenson è piuttosto diversa. Nel «Poscritto» ha riepilogato la risposta con queste parole:

"In base alla mia teoria, l'esistenza e il contenuto del diritto possono essere riconosciuti con riferimento alle fonti sociali del diritto (vale a dire, legislazione, decisioni giudiziarie, consuetudini sociali) senza riferimento alla morale, tranne nel caso in cui il diritto, riconosciuto in questo modo, ha esso stesso incorporato criteri morali per la propria identificazione" (5).

(Chiamerò questa concezione - su come il diritto debba essere identificato nei casi difficili come il caso Sorenson - la «tesi delle fonti» di Hart.) Hart e io siamo in disaccordo, perciò, in che misura e in che modi i giuristi e i giudici debbano formulare i propri «giudizi di valore» al fine di identificare il diritto in casi particolari. Secondo la mia concezione, l'argomentazione giuridica è un'argomentazione tipicamente e pervasivamente morale. I giuristi devono decidere quale insieme di principi in competizione fornisca la giustificazione migliore - moralmente più vincolante - della prassi giuridica nel suo complesso. Secondo la tesi delle fonti di Hart, invece, l'argomentazione giuridica sostantiva è normativa solo quando le fonti sociali rendono gli standard morali parte del diritto. Nessuna legislazione o decisione giudiziaria precedente ha reso pertinente la morale nel caso della signora Sorenson, così, in base alla concezione di Hart, nessun giudizio o deliberazione morale entra nella questione se abbia un diritto giuridico di chiedere ciò che ha chiesto. Per quanto riguarda il diritto, egli avrebbe detto, la signora Sorenson deve aver torto.

Dato che Hart e io sosteniamo opinioni opposte sulla stessa questione - come decidere se la signora Sorenson abbia una pretesa giuridica valida - è difficile dar credito alla sua tesi che non siamo effettivamente in disaccordo o che non stiamo tentando di rispondere alla stessa questione. Rimane tuttavia il problema di come il progetto che proponiamo dovrebbe essere caratterizzato. La sua concezione, ha dichiarato nel «Poscritto»,

«è descrittiva in quanto non cerca di giustificare o raccomandare sulla base di argomenti morali o di altro tipo le forme e le strutture che appaiono nella mia presentazione del diritto» (6). Ha detto che io potrei plausibilmente avere ragione ed egli torto su come vada identificato il diritto. Forse ho ragione che i giuristi e i giudici devono formulare giudizi di valore per scoprire il diritto in tutti i casi difficili. Ma se avessi ragione su questo, ha ribadito, sarebbe soltanto perché la mia teoria della prassi giuridica di primo ordine è una descrizione di secondo ordine di quella prassi migliore della sua. Così siamo in disaccordo non solo su come vada identificato il diritto, ma anche su che tipo di teoria sia una risposta generale a tale questione. Egli ha creduto che tale teoria sia una pura e mera descrizione di una prassi giuridica. Io credo che tale teoria sia un'interpretazione della prassi giuridica che formula tesi morali ed etiche, e si basa su di esse.

In relazione a un aspetto, comunque, siamo entrambi sulla stessa barca. Infatti crediamo tutti e due che si comprende meglio la prassi e i fenomeni giuridici se si comincia a studiare non il diritto in una certa manifestazione particolare, come il diritto sulla responsabilità dei prodotti in Scozia, ma il concetto stesso di diritto. Tuttavia, le nostre tesi diverse sulla natura e i metodi appropriati dello studio concettuale potrebbero essere considerate ambedue poco chiare, sebbene per ragioni differenti. Le ricerche concettuali devono generalmente essere contrapposte a quelle empiriche. Come può pensare Hart che il suo studio concettuale sia «descrittivo»? Quale senso di «descrittivo» può aver in mente? Ma le ricerche concettuali normalmente devono essere contrapposte anche a quelle valutative. Come posso pensare che uno studio sia insieme concettuale e valutativo? In che modo decidere che cosa dovrebbe essere il diritto può aiutarci a vedere cosa sia effettivamente nella sua natura? Tali questioni sono abbastanza importanti da giustificare un cambio di argomento per parecchie pagine.

CONCETTI POLITICI.

I filosofi politici propongono analisi o definizioni dei principali concetti politici: giustizia, libertà, uguaglianza, democrazia e così via. John Stuart Mill e Isaiah Berlin, ad esempio, definiscono la libertà (approssimativamente) come la capacità di fare ciò che potreste voler fare liberi da vincoli o coercizioni da parte di altri, e tale definizione ha avuto un largo seguito tra i filosofi. In base a questa prospettiva, le leggi che proibiscono un reato violento sono invasioni della libertà di ognuno. Quasi tutti i filosofi che accettano questa proposizione si affrettano ad aggiungere che, sebbene invadano la libertà, tali leggi sono chiaramente giustificabili: la libertà, ribadiscono, qualche volta deve avere la peggio rispetto ad altri valori. Questo giudizio ulteriore è un giudizio di valore: prende posizione sull'importanza relativa della libertà e della sicurezza, e alcuni libertari estremi potrebbero effettivamente rifiutarlo. Ma, come Berlin ha ribadito, la definizione stessa, secondo la quale le leggi contro la violenza compromettono la libertà, non è un giudizio di valore: non è un'adesione, una critica o una caratterizzazione dell'importanza della libertà, ma solo un enunciato politicamente neutrale riguardante ciò che la libertà, propriamente intesa, è realmente. Da quest'enunciato, che si suppone neutrale, seguono alcune conclusioni molto rilevanti: in particolare, che le due virtù politiche della libertà e dell'uguaglianza nella prassi devono essere inevitabilmente in conflitto. La scelta fra queste due, quando sono in conflitto, ha detto Berlin, è una questione di valore su cui le persone si differenzieranno. Ma che esse debbano essere in conflitto, di modo che diviene necessaria una scelta di questo tipo, non era per lui una questione di decisione morale o politica, ma un fatto di tipo concettuale.

Berlin è stato perciò un archimedeo in relazione alla filosofia politica: ha creduto che il progetto di analizzare ciò che la libertà significa realmente debba essere attuato attraverso una forma di analisi concettuale che non implica giudizi, assunti e ragionamenti di carattere normativo. Altri filosofi ritengono invece che la libertà sia, tra l'altro, una funzione del denaro, cosicché la tassazione dei ricchi diminuisce la loro libertà. Questa definizione, ribadiscono, lascia completamente aperta la questione se la tassazione sia di

principio giustificata nonostante il suo impatto sulla libertà. Essa permette il giudizio di valore che la tassazione è cattiva, ma anche il giudizio di valore opposto che la tassazione è un giustificabile compromesso della libertà, così come lo è il fatto di ritenere la violenza un reato. Altri filosofi politici hanno considerato in modo analogo altri valori politici. E' un'idea molto popolare, ad esempio, che la democrazia significhi dominio della maggioranza. Si ritiene che questa definizione lasci aperte, in relazione a decisioni e argomenti sostantivi, questioni come quelle se la democrazia sia buona o cattiva e se dovrebbe essere ostacolata da vincoli al dominio della maggioranza, che potrebbero includere, ad esempio, un sistema costituzionale di diritti individuali a difesa delle decisioni della maggioranza rafforzato dalla revisione giudiziaria ["judicial review"]. Queste ultime questioni, secondo la concezione archimedeica, sono sostantive e normative, ma la questione iniziale, di cosa sia la democrazia, è concettuale e descrittiva. Queste varie concezioni della libertà e della democrazia sono archimedee perché non pretendono di essere esse stesse teorie normative, sebbene siano teorie su una prassi sociale normativa: la comune prassi politica di discutere sulla libertà e sulla democrazia. Piuttosto pretendono di essere teorie concettuali o filosofiche che sono mere descrizioni di una prassi sociale, di per sé neutrali fra le controversie che quella prassi produce.

Ad ogni modo, questa tesi è messa in discussione da due difficoltà collegate. In primo luogo, la comune argomentazione politica include spesso argomenti sugli stessi problemi concettuali che studiano i filosofi, non solo come una soglia neutrale rispetto alle controversie sostantive ma come un elemento centrale in quelle stesse controversie. In secondo luogo, il termine «descrittivo» è ambiguo: ci sono molte dimensioni e molti modi in cui una prassi sociale potrebbe essere «descritta». Gli archimedei devono dunque scegliere un senso più preciso di descrizione al fine di rendere difendibile la loro posizione. Ma non possono farlo: ogni senso di «descrizione» che verrà considerato in seguito si mostra chiaramente inapplicabile. Dobbiamo esaminare una alla volta queste obiezioni, ognuna delle quali risulta decisiva in maniera indipendente dall'altra.

- "La controversia sui concetti".

Spesso le controversie dei filosofi sono anche controversie politiche. In questo periodo ferve una vivace discussione, in tutto il mondo e non solo in America, sul fatto se la revisione giudiziaria sia o meno coerente con la democrazia. I giuristi e i politici che ne discutono non sostengono semplicemente che democrazia significa dominio della maggioranza, così che la revisione giudiziaria è per definizione non democratica e la sola questione che resta da decidere è se sia comunque giustificata. Al contrario, i giuristi e i politici discutono di cosa è realmente la democrazia: alcuni di loro sostengono che la revisione giudiziaria non è incoerente con la democrazia perché la democrazia non significa solo dominio della maggioranza, ma dominio della maggioranza soggetto a condizioni che rendono equo il dominio della maggioranza (7). Molti di quelli che si oppongono alla revisione giudiziaria rifiutano questa definizione più complessa di democrazia e sostengono che democrazia significa soltanto dominio della maggioranza, o, forse, dominio della maggioranza vincolato soltanto da pochi e limitati diritti procedurali, compresa la libertà di parola, piuttosto che vincolato dall'intero insieme di diritti che sono adesso tipicamente protetti nelle costituzioni nazionali e internazionali. I politici che difendono la tassazione non ammettono che la tassazione intralci la libertà. Al contrario, lo negano e sostengono che la tassazione, in se stessa, non ha alcun tipo di impatto sulla libertà. E' vero che alcuni politici e alcuni polemisti dichiarano che la tassazione mette in discussione la libertà, ma, almeno in America, questi sono politici che disprezzano la tassazione e vorrebbero che essa venisse meno. Se le definizioni di democrazia o di libertà sono effettivamente - all'inizio - questioni neutrali, senza alcuna implicazione per il dibattito e le decisioni di carattere sostantivo, perché i politici e i cittadini dovrebbero perdere tempo a discuterle? Perché il senso comune non ha spinto le persone normali a convergere su una definizione standard di questi concetti (ad esempio, che la democrazia significa dominio della maggioranza) così che può risparmiare le

proprie energie per questioni genuinamente sostantive, come la questione se a volte la democrazia dovrebbe essere messa in discussione a favore di altri valori? In risposta, si potrebbe dire che la gente è attratta dalle definizioni che sembrano sorreggere nel modo più naturale le proprie posizioni sostantive. Ma questa replica apre il fianco a un'obiezione: se le definizioni sono veramente neutrali, perché una particolare definizione dovrebbe essere considerata un vantaggio argomentativo?

La prospettiva archimedeica ignora il modo in cui i concetti politici funzionano effettivamente nell'argomentazione politica. Servono come astratte piattaforme di accordo. Quasi tutti sono d'accordo che i valori in questione sono quanto meno di una certa importanza, ma questo accordo lascia aperte fondamentali questioni sostantive su cosa sono o significano più precisamente questi valori. Lo vediamo nel modo più drammatico nel caso del concetto politico più astratto di tutti: la giustizia. Le persone non discutono molto sull'importanza della giustizia: l'essere ingiusta è normalmente un'obiezione decisiva contro una decisione politica. Le dispute sulla giustizia quasi sempre prendono la forma di discussioni non su quanto sia importante la giustizia o quando essa dovrebbe essere sacrificata ad altri valori, ma su cosa essa sia. Questo è, potremmo dire, il teatro dell'azione.

Sarebbe perciò del tutto inverosimile considerare una teoria filosofica di "quel" concetto come archimedeica: sarebbe inverosimile, cioè, supporre che una teoria informativa sulla natura della giustizia potrebbe essere neutrale fra le questioni sostantive della discussione politica. E' vero che i teorici della giustizia scettici (i quali sostengono che la giustizia è soltanto negli occhi di chi la guarda, o che le pretese della giustizia sono soltanto proiezioni di emozioni) suppongono spesso che le loro teorie siano neutrali. Ma sarebbe sorprendente trovare un filosofo che difende una concezione positiva della giustizia (ad esempio, che la giustizia consiste in una disposizione che massimizza la ricchezza della comunità) il quale credesse che la sua teoria non è essa stessa una teoria normativa. I teorici della giustizia sanno che stanno prendendo posizione: che le loro teorie sono tanto normative quanto le tesi sulla giustizia e l'ingiustizia che formulano i politici, i leaders, gli scrittori e i

cittadini. I concetti politici di libertà, uguaglianza e democrazia svolgono lo stesso ruolo nella discussione politica, e anche le teorie sulla natura di questi concetti sono normative. Siamo d'accordo che la democrazia sia di grande importanza, ma non siamo d'accordo su quale concezione della democrazia esprima meglio questa importanza e ne renda conto meglio. Nessuno di quelli che discutono se la revisione giudiziaria sia incoerente con la democrazia accetterebbe che la questione di cosa realmente è la democrazia, propriamente intesa, sia una questione descrittiva che deve essere stabilita con lo studiare, ad esempio, come la maggior parte delle persone usa la parola «democrazia». Essi comprendono che la loro disputa è profondamente, essenzialmente, sostantiva (8).

Devo comunque sottolineare la differenza fra la posizione che sto ora difendendo e l'opinione più comune di diversi filosofi, la quale sostiene che i principali concetti politici sono concetti «misti» descrittivi e normativi. In base a questa concezione comune i concetti di democrazia, di libertà e così via hanno componenti sia emotive sia descrittive, e i filosofi possono separare le une dalle altre.

Il significato emotivo è una questione di prassi e aspettativa sociale: nella nostra cultura politica dichiarare che una prassi è non democratica è quasi inevitabilmente inteso e assunto come una critica, e uno straniero che non lo avesse capito avrebbe perso qualcosa di fondamentale in relazione a questo concetto. Ma, secondo questa prospettiva, la democrazia ha nondimeno un senso descrittivo e neutrale interamente separabile: significa (secondo questa concezione) governo secondo la volontà della maggioranza, e non ci sarebbe alcuna contraddizione, nonostante la sorpresa che ciò produrrebbe, nel fatto che qualcuno dica che l'America è una democrazia e insieme dica di essa le peggiori cose. I filosofi politici archimedei i quali sostengono che le teorie dei principali valori politici da loro proposte sono politicamente neutrali non stanno perciò, in base a questa prospettiva, facendo alcun errore. Ovviamente sono consapevoli della forza e della carica di questi concetti, ma ignorano questa forza nel mettere a nudo il sottostante significato descrittivo, in se stesso neutrale.

La verità, sto sostenendo, è differente. I concetti di libertà, democrazia e così via, funzionano nel pensiero e nel discorso

comune come concetti di "valore" di carattere interpretativo: il loro senso descrittivo è contestato e questa contestazione mette in luce quale attribuzione di senso descrittivo coglie o realizza questo valore. Il significato descrittivo non può essere spogliato dalla forza valutativa perché il primo dipende dalla seconda in tal modo. Ovviamente è possibile per un filosofo o un cittadino sostenere che, dopo tutto, non c'è alcun valore nella democrazia, nella libertà, nell'uguaglianza o nella legalità. Ma non può difendere tale tesi, ad esempio, semplicemente scegliendo una delle descrizioni molto contestate della libertà e poi ribadire che, così intesa, la libertà non ha alcun valore. Egli deve sostenere, non solo che la libertà in base a una qualche interpretazione è priva di valore, ma che è priva di valore in base alla miglior interpretazione difendibile; e che è un'impresa molto più ambiziosa quella che non separa i significati descrittivi e valutativi ma approfitta dell'interconnessione fra di essi.

- "Descrittivo in che modo?"

La seconda difficoltà che ho menzionato diventa chiara quando chiediamo in quale senso di «descrittivo» sia descrittivo invece che normativo il presunto progetto filosofico di secondo ordine per identificare un valore politico. Questo progetto è un'analisi semantica tendente a scoprire i criteri che le persone comuni effettivamente usano, forse in modo del tutto inconsapevole, quando descrivono qualcosa come una soppressione della libertà, o come non ugualitaria, o non democratica o illegale? O è un progetto strutturale che tende a scoprire la vera essenza di ciò che le persone descrivono in quel modo, qualcosa di simile al progetto scientifico di identificare la vera natura di una tigre nella sua struttura genetica o la vera natura dell'oro nella sua struttura atomica? O è la ricerca di un tipo sorprendente di generalizzazione statistica: forse una generalizzazione ambiziosa che si basa sulla scoperta di una legge della natura e del comportamento umani, che conduce, ad esempio, la gente a denunciare uno stesso atto come illiberale, o forse una generalizzazione meno ambiziosa che sostiene soltanto che, come questione di fatto, la

maggior parte delle persone considera un particolare tipo di decisione politica come illiberale?

Dovremmo costruire la nostra strada attraverso questo breve catalogo di possibilità. La proposta semantica presuppone un certo sfondo di carattere fattuale. Presuppone che l'uso di «libertà», «democrazia» e degli altri termini politici sia governato - nel nostro linguaggio - da criteri condivisi che determinano se un uso è corretto o scorretto, o cada in qualche zona di confine fra i due. Può non essere ovvio all'inizio quali siano questi criteri (in realtà, se il progetto filosofico è degno di essere perseguito, ciò non sarà ovvio). Ma un'attenzione meticolosa, sostenuta da esperimenti di pensiero su cosa sarebbe giusto dire in situazioni particolari, porterà in superficie questi criteri nascosti. Tali presupposti semantici sono plausibili in alcuni casi: ad esempio, quando stiamo studiando il concetto di un artefatto. Se descrivo un singolo foglio di carta stampato come un libro, starei commettendo un errore perché ci sono criteri condivisi per l'applicazione del concetto di libro, e questi escludono una singola pagina. Il fatto che usi «libro» correttamente dipende da come la parola è comunemente usata, e se dico che una singola pagina di testo è un libro eccellente ho detto qualcosa di falso.

Credo che alcuni filosofi abbiano commesso l'errore di supporre che tutti i concetti siano governati in questo modo da criteri condivisi, o almeno di presupporre acriticamente che lo siano i concetti da loro studiati (9). Ma molti concetti, compresi quelli della più grande importanza per i filosofi politici, non lo sono. Lo sfondo dei criteri condivisi non vale - per tornare al nostro caso più semplice - per il concetto di giustizia. Di sicuro possiamo immaginare tesi sulla giustizia o l'ingiustizia che su basi semantiche parrebbero da scartare. Starei commettendo un errore concettuale se insistessi a dire che il sette è il più ingiusto dei numeri primi, e lo intendessi letteralmente (10). Ma non possiamo immaginare tesi sulla giustizia aventi una minima importanza o su cui c'è una minima discussione che siano scartate in tal modo.

Ciò è anche vero, come abbiamo già detto, per i concetti più densi ["thicker"] di uguaglianza, libertà, democrazia, patriottismo, comunità e così via. Ancora una volta possiamo costruire esempi stupidi di errori linguistici che implicano

questi concetti; l'affermazione, ad esempio, che un paese diviene automaticamente meno democratico quando aumenta il suo tasso di pioggia annuale. Ma non c'è alcun criterio d'uso standard da cui seguirebbe, in un modo o in un altro, se la revisione giudiziaria metta in pericolo la democrazia, o se tutte le leggi penali violino la libertà delle persone, o se la tassazione comprometta la libertà. Nessuno ritiene che l'uso standard possa risolvere tali controversie. Se la revisione giudiziaria è incoerente con la democrazia non dipende da ciò che la maggior parte delle persone pensa o da come parla, e le persone hanno disaccordi genuini sulla democrazia, la libertà, l'uguaglianza, malgrado il fatto che stiano usando una concezione differente di questi valori politici. In realtà, i disaccordi politici sono particolarmente profondi quando le persone sono in disaccordo su cosa sono effettivamente la democrazia, la libertà o l'uguaglianza. Dovremmo perciò tornare alla seconda possibilità del nostro elenco. Alcuni dei nostri concetti sono governati non solo da presupposti di sfondo sui criteri condivisi che ho appena descritto, ma da un insieme completamente differente di presupposti di fondo: che la corretta attribuzione del concetto sia fissata da un certo tipo di fatti sugli oggetti in questione, fatti che possono essere oggetto di un errore molto diffuso. Ciò che i filosofi chiamano «generi naturali» fornisce un esempio chiaro. La gente usa la parola «tigre» per descrivere un certo tipo di animale. Ma gli zoologi possono scoprire, attraverso un'analisi genetica appropriata, che soltanto alcune di quelle che la gente chiama tigri sono realmente tigri: alcune di loro possono essere animali differenti, con una composizione genetica molto differente, che appaiono esattamente come tigri. In questo modo, identificando il D.N.A. proprio della tigre, gli scienziati possono migliorare la comprensione della natura o dell'essenza delle tigri. Possiamo dire le stesse cose per altri generi naturali, compreso ad esempio l'oro. La gente si può sbagliare su ciò che, forse uniformemente, chiama oro. Un'analisi chimica approfondita può mostrare che quello, o anche tutto ciò, che la gente chiama adesso oro non è realmente oro, ma soltanto pirite.

Sono di questo tipo i concetti politici di democrazia, libertà, uguaglianza e così via? Questi concetti descrivono, se non

generi naturali, almeno generi politici che come i generi naturali possono essere ritenuti avere una struttura o un'essenza fisica di carattere basilare? O almeno una struttura che è suscettibile di scoperta attraverso un processo interamente scientifico, descrittivo, nonnormativo? Possono sperare i filosofi di scoprire ciò che sono realmente l'uguaglianza o la legalità attraverso qualcosa di simile all'analisi chimica o del D.N.A.? Non credo: ciò è privo di senso. Potremmo aspirare a questa idea. Potremmo compilare una lista di tutte le organizzazioni passate e presenti di potere politico che si concorda essere democratiche, e poi chiedere quali delle caratteristiche che tutti questi esempi condividono siano essenziali al loro essere una democrazia, e quali siano solo accidentali e superflue. Ma questa riformulazione pseudo-scientifica della nostra domanda non ci aiuterebbe, perché avremmo ancora bisogno di una descrizione di cosa renda una particolare caratteristica di un'organizzazione sociale o politica essenziale al suo carattere di democrazia e un'altra caratteristica soltanto contingente; e una volta che abbiamo respinto l'idea che la riflessione sul significato della parola «democrazia» fornisca questa distinzione, non lo potrà fare niente altro.

Ciò è vero non solo per i concetti politici ma anche per i concetti di tutti i differenti generi di organizzazione o istituzione sociale. Supponete che sia messa insieme una "task force" per compilare una lunga lista dei vari tipi di organizzazione giuridica e sociale nel corso dei secoli, tipi che ora descriveremmo come esempi di matrimonio, nonostante le differenze istituzionali e di altro genere. Supponete che trovassimo che in tutti i casi della nostra lunga lista fosse compresa una certa cerimonia specifica e che mai questa cerimonia fosse celebrata per unire due persone dello stesso sesso. Sorgerebbe ora la questione - si immagini che ciò avvenga per la prima volta - se un matrimonio di "common law" sia realmente un matrimonio o se gli omosessuali possano, in base a una questione concettuale, sposarsi. Sarebbe folle supporre che tali questioni sulla natura stessa del matrimonio potessero essere risolte fissando la lista, per quanto lunga, che avevamo compilato, non è vero?

In questo modo l'analisi filosofica dei concetti politici non

può essere considerata descrittiva in base al modello di ricerca scientifica sui generi naturali. La libertà non ha alcun D.N.A. Passiamo ora alla terza possibilità della nostra lista. Supponiamo adesso che la filosofia politica archimedeica sia scientifica in un senso più informale. Che essa miri solo a generalizzazioni storiche, così che, nel modo in cui potremmo dire che come una questione di fatto nessun matrimonio omosessuale sia mai stato riconosciuto in passato, potremmo anche dire, se le prove a disposizione sorreggono questa proposizione, che in passato le persone hanno sempre considerato la revisione giudiziaria incoerente con la democrazia. Ma questa non sembra soltanto una tesi più debole di quelle proposte dai filosofi politici, ma anche troppo debole per distinguere la filosofia politica dalla storia sociale o dall'antropologia politica. Isaiah Berlin ha detto non solo che libertà e uguaglianza sono state spesso ritenute in conflitto, ma che sono, nella loro natura, in conflitto, e non avrebbe potuto sostenere questa ambiziosa tesi semplicemente facendo notare (anche se ciò fosse vero) che quasi nessuno lo aveva mai dubitato. In verità, potremmo aumentare l'attrattiva di tali generalizzazioni sociologiche tentando di spiegarle sulla base di una legge o di una teoria biologica, culturale o economica. Ma ciò non sarebbe di grande aiuto. Ribadire che ci sono buone spiegazioni darwiniane o economiche del perché il matrimonio omosessuale sia stato ovunque rifiutato non fornisce nessun argomento effettivo a sostegno della proposizione che il matrimonio è per sua stessa natura, o essenza, limitato a coppie eterosessuali.

- "Concettuale e normativo?"

Tuttavia, proprio come esiste chiaramente una differenza fra l'argomentazione di un legale sul fatto se la signora Sorenson dovrebbe vincere la causa e l'argomentazione di un filosofo su cosa sia il diritto, così c'è una differenza fra il modo in cui un politico si richiama alla libertà, alla democrazia o all'uguaglianza e la concezione di questi ideali elaborata da un filosofo. Se non possiamo distinguere fra queste due impostazioni supponendo che l'impresa del filosofo sia

descrittiva, neutrale e disimpegnata, allora come possiamo cogliere la differenza? Possiamo dire che l'impegno del filosofo è concettuale in un modo in cui non lo è l'impegno del politico? Un argomento normativo come fa a essere anche concettuale? E se può esserlo, perché non è concettuale anche l'argomento del politico?

Si ritorni per un momento all'argomento che ho proposto sui generi naturali: in realtà ci sono somiglianze istruttive fra generi naturali e concetti politici che ho ignorato in quell'argomento. I generi naturali hanno le seguenti proprietà importanti. Sono reali: né la loro esistenza né le loro caratteristiche dipendono dall'invenzione, dalla credenza o dalla decisione di qualcuno. E hanno una struttura profonda - il loro profilo genetico o il loro carattere molecolare - che spiega il resto delle loro caratteristiche, comprese quelle superficiali attraverso le quali li riconosciamo, indipendentemente dal fatto che siamo consapevoli o no di quella struttura profonda. Riconosciamo, ad esempio, l'acqua in parte perché alla temperatura ambiente è trasparente e liquida e la struttura profonda dell'acqua - la sua composizione molecolare - spiega perché ha tali caratteristiche. I valori politici e i valori di altro tipo sono come i generi naturali in quasi tutti gli aspetti. In primo luogo, anche i valori politici sono reali: l'esistenza e il carattere della libertà come valore non dipende dall'invenzione, dalla credenza, o dalla decisione di qualcuno. So che questa è una tesi controversa: molti filosofi la mettono in discussione. Ma presupporrò che sia vera (11). In secondo luogo, i valori politici hanno una struttura profonda che spiega le loro manifestazioni concrete. Se l'imposizione fiscale progressiva è ingiusta, lo è in virtù di una proprietà più generale e fondamentale delle istituzioni giuste che manca a quella tassazione. Anche questa è una tesi controversa: sarebbe rifiutata dagli «intuizionisti», i quali credono che i fatti morali concreti siano semplicemente veri in se stessi e per se stessi, in quanto sono, dal loro punto di vista, appresi come veri. Ma ancora una volta presupporrò che sia vera.

La differenza fra i generi naturali e i valori politici che ho sottolineato rimane ovviamente anche dopo che abbiamo notato queste similarità. La struttura profonda dei generi naturali è fisica. La struttura profonda dei valori politici non è

fisica: è normativa. Ma proprio come uno scienziato può proporsi, come tipo di progetto distinto, di rivelare la natura stessa di una tigre o dell'oro esponendo la struttura fisica basilare di queste entità, così un filosofo politico può proporsi di rivelare la natura stessa della libertà esponendo il suo nucleo normativo. In entrambi i casi possiamo descrivere l'impresa, se vogliamo, come concettuale. Il fisico ci aiuta a vedere l'essenza dell'acqua; il filosofo ci aiuta a vedere l'essenza della libertà. La differenza fra questi progetti, descritti in modo così generale, e altri più concreti (fra lo scoprire l'essenza dell'acqua e lo scoprire la temperatura a cui essa gela, o fra l'identificare la natura delle libertà e il decidere se la tassazione viola la libertà) è alla fine solo di grado. Ma la comprensività e il carattere più fondamentale dello studio maggiormente ambizioso (il suo proporsi in modo autoconsapevole di scoprire qualcosa che è fondamentale attraverso la spiegazione) giustifica il fatto di riservargli la qualifica di «concettuale». Non possiamo sensatamente affermare che l'analisi filo-sofica di un valore sia concettuale, neutrale e disimpegnata. Ma possiamo sensatamente affermare che sia normativa, impegnata e concettuale.

- "Cosa c'è di buono? 1".

Una tesi concettuale su un valore politico si propone di mostrare, come ho detto, il valore "in" esso: si propone di fornire una spiegazione del suo valore che sia fondamentale, tramite la spiegazione, in modo simile a come lo è la struttura molecolare di un metallo. Così una teoria generale della giustizia cercherà di cogliere, a un livello opportunamente fondamentale, il valore della giustizia: cercherà di mostrare la giustizia, possiamo dire, nella sua luce migliore. Ma come possiamo fare ciò senza aggirare la questione? Non sarebbe come tentare di spiegare il colore rosso senza riferirsi alla sua rossezza? Possiamo dire che la giustizia è indispensabile perché soltanto la giustizia evita l'ingiustizia, o che la democrazia ha valore perché dà al popolo l'autogoverno, o che la libertà ha valore perché rende le persone libere, o che l'uguaglianza è buona perché tratta le persone come se

avessero la stessa importanza. Tuttavia, queste proposizioni non sono utili perché impiegano l'idea che intendono spiegare. Come potremmo sperare di far meglio di così? Potremmo cercare una giustificazione strumentale: la giustizia è buona, ad esempio, perché l'ingiustizia rende le persone miserabili, o la democrazia è buona perché in genere promuove la prosperità. Ma queste affermazioni strumentali non forniscono una risposta: vogliamo sapere cosa è propriamente buono riguardo alla giustizia e alla democrazia, non a quali altri tipi di bene esse contribuiscono. La descrizione «mista» dei concetti politici che ho ricordato prima spera di evitare questa difficoltà: consente ai filosofi di scoprire la parte dotata di «valore» del significato della democrazia, come un fatto brutto, e si concentra poi sullo scoprire la parte puramente «descrittiva». Ma, come ho detto, neanche questo funziona: se vogliamo comprendere cosa siano effettivamente la libertà, la democrazia, il diritto o la giustizia, dobbiamo affrontare il difficile problema di come identificare il valore di un valore. Sosterrò che possiamo sperare di farlo soltanto collocando il posto di questo valore in una più ampia rete di convinzione. Non posso, comunque, iniziare questo argomento senza introdurre un'altra importante distinzione.

- "Valori distaccati e integrati".

Vogliamo comprendere meglio cosa siano la giustizia, la democrazia e la libertà perché crediamo di poter vivere meglio insieme se lo comprendiamo e ci troviamo d'accordo. Ma ci sono due prospettive che si possono assumere sulla connessione fra il comprendere un valore e il vivere meglio di conseguenza. Potremmo, in primo luogo, trattare il valore come separato dal nostro interesse a vivere bene, e stabilito indipendentemente da esso: lo dobbiamo rispettare semplicemente perché è, in se stesso, qualcosa di valore che sarebbe sbagliato o male non riconoscere. O, in secondo luogo, potremmo considerare il valore come integrato nel nostro interesse a vivere bene: potremmo supporre che sia un valore, e abbia il carattere che ha, perché accettarlo come un valore con tale carattere migliora la nostra vita in qualche altro

modo.

Le religioni ortodosse adottano la prima prospettiva sui valori fondamentali della loro fede: li considerano separati. Esse ribadiscono che vivere bene richiede devozione a una o più divinità, ma negano che la natura di queste divinità, o il loro essere divinità, derivi in qualche modo dal fatto che una vita buona consista nel rispettarle, o che possiamo incrementare la nostra comprensione della loro natura chiedendo come avrebbero dovuto essere con precisione al fine di rendere il rispettarle una cosa buona o migliore per noi. Noi adottiamo la stessa prospettiva sull'importanza della conoscenza scientifica. Pensiamo che sia meglio per noi comprendere la struttura fondamentale dell'universo, ma non pensiamo (a meno di non essere dei pazzi o dei pragmatisti rozzi) che tale struttura dipenda da ciò che sarebbe bene in ogni modo per noi. Siamo, potremmo dire, aggiunte supplementari a un mondo fisico che aveva già prima e indipendentemente dal nostro arrivo la sua struttura fisica fondamentale, qualunque essa sia. Così, sebbene i nostri interessi pratici siano stimoli e segnali nella scienza (ci aiutano a decidere cosa ricercare e quando accontentarsi di una certa affermazione o di una certa giustificazione), non contribuiscono alla verità dell'affermazione o alla coerenza della giustificazione.

Molte persone fanno propria la stessa concezione per quanto riguarda il valore dell'arte. Siamo aggiunte supplementari, dicono, al mondo di quel valore: siamo responsabili della scoperta di cosa è meraviglioso nell'arte, e responsabili di rispettare la sua meraviglia, ma dobbiamo stare attenti a non commettere la fallacia di supporre che qualcosa sia bello perché l'apprezzarlo rende migliore la nostra vita, o che possiamo identificare e analizzare la sua bellezza considerando cosa per noi sarebbe apprezzabile ammirare nel modo in cui ammiriamo l'arte. G. E. Moore ha sostenuto una forma molto forte della concezione che il valore dell'arte è distaccato: ha detto che l'arte conserverebbe il suo pieno valore anche se tutte le creature che potrebbero apprezzarla perissero senza scampo. Non abbiamo, comunque, bisogno di andare tanto in là da supporre che il valore dell'arte sia distaccato, possiamo dire che un dipinto non avrebbe alcun valore se non

potesse avere alcun significato per una certa sensibilità, o impatto su di essa, senza anche supporre che il suo valore dipenda dall'impatto che ha effettivamente, o dal valore indipendente che quell'impatto ha per ogni creatura.

Dall'altra parte, sarebbe fortemente inverosimile considerare le virtù e le acquisizioni personali che danno valore a una vita come se avessero soltanto un valore distaccato. L'esser divertente o interessante sono virtù da coltivare e ammirare, ma solo per via del contributo che esse forniscono al godimento delle nostre vite e delle vite di altre persone. E' più difficile identificare il contributo di virtù più complesse, come, ad esempio, la sensibilità e l'immaginazione, ma è altrettanto inverosimile che il nostro riconoscimento di esse come virtù sopravviverebbe alla concezione generale che esse non forniscono alcun contributo indipendente. La maggior parte delle persone tengono in gran conto l'amicizia: pensano che una vita senza alcuna relazione stretta con gli altri sia carente. Ma non pensiamo che l'amicizia sia quello che è, nello stesso modo in cui lo è un pianeta, e che la sua sola connessione con una vita desiderabile sia che una vita desiderabile sia quella che la riconosce, qualunque cosa finisca per essere. Non voglio certo dire che le relazioni come l'amicizia siano degne di valore soltanto per i limitati benefici che portano agli amici, come la cooperazione nel conseguire alcuni obiettivi. Ma il loro valore non è indipendente da come migliorano la vita in altri modi; possiamo essere in disaccordo su quali siano esattamente questi modi - l'amicizia è un concetto interpretativo (12) - ma nessuno pensa che l'amicizia rimarrebbe qualcosa di rilevante se finisse per non avere conseguenze sulle vite degli amici, eccetto che renderli amici.

Ma sebbene sia inverosimile supporre che una qualche qualità o acquisizione personale abbia soltanto un valore distaccato, è spesso difficile, come suggeriscono alcuni di questi esempi, identificare il modo in cui il valore di una tale virtù o acquisizione rientri nell'idea più comprensiva di vita buona. Consideriamo, ad esempio, delle virtù l'integrità, lo stile, l'indipendenza, la responsabilità, la modestia, l'umiltà e la sensibilità, mentre delle acquisizioni importanti l'amicizia, la conoscenza teorica e l'autorispetto delle acquisizioni importanti. Alcuni intraprendenti darwinisti sociali potrebbero

un giorno mostrare che questi tratti e ambizioni avevano un valore di sopravvivenza nella savana ancestrale. Ma questo non è il modo in cui ci appaiono: non pensiamo che la sensibilità, l'integrità personale o l'acquisizione di conoscenza della scienza attuale sia importante perché una comunità sarebbe meno prospera o più a rischio di invasione nemica se i suoi cittadini non le assumessero come virtù o come fini. Consideriamo piuttosto questi valori come aspetti o componenti di una vita attraente e pienamente riuscita, non come mezzi per raggiungerla.

Avrebbe poco senso trattare i valori politici che abbiamo iniziato a discutere, come la giustizia, la libertà, la legalità e la democrazia, quali valori distaccati. La giustizia non è una divinità o un'icona: se la consideriamo di valore, è per via delle conseguenze che ha sulle vite che conduciamo come individui singoli e con gli altri. E' vero che la tradizione archimedeica qualche volta sembra supporre che, ad esempio, la libertà così come la grande arte sia esclusivamente ciò che è, e che sebbene si debba forse consultare i nostri bisogni e i nostri interessi per decidere quanto sia importante la libertà, tali bisogni e interessi non sono rilevanti nel decidere cosa sia. O cosa realmente significhino la democrazia, l'uguaglianza, o la legalità. Soltanto questa supposizione può spiegare, ad esempio, la dichiarazione sicura di Berlin che la libertà e l'uguaglianza, per loro natura, siano valori in conflitto, o la tesi di altri filosofi che la libertà, propriamente intesa, è messa in discussione perfino da una tassazione equa. Nondimeno pare fortemente controintuitivo che importanti valori politici, per proteggere i quali quasi tutti dobbiamo fare sacrifici, abbiano soltanto un valore distaccato, e nessuno dei filosofi politici archimedei, per quanto ne so, ha effettivamente proposto questa tesi.

- "Cosa c'è di buono? 2".

Questo fatto apparentemente incontrovertibile - che i valori politici sono integrati invece che distaccati - ci riporta alla difficoltà che abbiamo incontrato prima. Come possiamo spiegare cosa c'è di buono in questi valori senza aggirare la

questione? La domanda è meno problematica nel caso dei valori distaccati che in quello dei valori integrati. Potremmo, ad esempio, ritenere insensato perfino l'immaginarsi che sia possibile rispondere alla domanda del perché la grande arte ha valore senza aggirare la questione. Se il valore dell'arte risiede nel suo valore in se stesso, distaccato, allora sarebbe effettivamente tanto strano chiedere una descrizione di quel valore in altri termini quanto lo sarebbe chiedere una descrizione del colore rosso in altri termini. Ovviamente potremmo chiederci se l'arte abbia effettivamente valore, dopo tutto. Ma non potremmo sensatamente sostenere, come prova che non lo ha, che sia impossibile specificare quel valore in qualche modo non circolare. Non possiamo, comunque, far fronte a questa difficoltà in modo così semplice nel caso dei valori integrati, dato che supponiamo non solo che l'esistenza di un valore integrato dipenda dal contributo che essa dà a qualche altro genere di valore, specificabile in modo indipendente, come la bontà delle vite che le persone possono vivere, ma anche che la caratterizzazione più precisa di un valore integrato - la descrizione più precisa, ad esempio, di cosa sia effettivamente la libertà - dipenda dall'identificare questo contributo. Immaginate la discussione su una certa virtù: ad esempio la modestia. Chiediamo se la modestia sia, dopo tutto, una virtù e, se è così, quale sia la linea di separazione fra questa virtù e il vizio dell'autorinuncia. Sarebbe perfettamente appropriato aspettarsi, nel corso di questa riflessione, una descrizione dei benefici della modestia, e se non ne potesse essere mostrato alcuno, eccetto che la modestia è ricompensa di se stessa, sarebbe difficile considerare questo fatto come fatale per le pretese di tale virtù.

Così non possiamo evitare la questione di come possa essere identificato il valore dei valori integrati, compresi i valori politici, ma adesso dobbiamo affrontarla. Alcuni valori integrati, come il fascino, potrebbero essere ritenuti completamente strumentali. Ma quelli più interessanti, come l'amicizia e la modestia, e gli stessi valori politici, non sono strumentali in nessun modo ovvio. Non consideriamo di valore l'amicizia soltanto per i limitati vantaggi che potrebbe portare, o la democrazia soltanto perché è utile al commercio. Se potessimo disporre questi differenti valori integrati in una

struttura gerarchica, potremmo essere in grado di spiegare il contributo di quelli più in basso nella gerarchia mostrando come contribuiscono a quelli più in alto o come li accrescono. Potremmo essere in grado di mostrare, ad esempio, che la modestia è una virtù perché contribuisce in un certo modo alla capacità di amore o di amicizia. Ma questo progetto sembra disperato - sebbene sia possibile vedere alcuni valori sostenerne altri in qualche modo - poiché l'aiuto pare più reciproco che gerarchico. Una persona modesta potrebbe per tale ragione avere una grande capacità di amore o di amicizia, ma un amore e un'amicizia profondi potrebbero anche contribuire a rendere le persone modeste. Nessun aspetto di ciò che riteniamo essere una vita attraente e riuscita sembra sufficientemente dominante da rendere plausibile che tutte le altre virtù e gli altri fini da noi riconosciuti siano soltanto a suo servizio. Possiamo, penso, fare congetture sul carattere generale di una vita buona. Ad esempio, ho sostenuto altrove che dovremmo adottare per l'etica il modello della sfida (vivere bene significa agire bene in risposta a una sfida che può essere affrontata con successo senza coinvolgere la storia umana) invece che un modello che misura il successo di una vita chiedendo quanto essa abbia migliorato la storia dell'umanità (13). Ma nessun modello generale per l'etica può servire come test finale e definitivo per virtù o fini subordinati. Possiamo accettare che vivere bene significhi rispondere bene a un tipo di sfida distinto senza decidere con questo se vivere con talento sia rispondere bene o solo pavoneggiarsi, o se l'umiltà in certe circostanze sia realmente essere servili, o se la nobiltà sia infangata dall'interesse commerciale, o se la democrazia sia solo la regola della maggioranza.

Se dobbiamo capire meglio i valori integrati non strumentali dell'etica, dobbiamo tentare di capirli in maniera olistica e interpretativa, ognuno alla luce degli altri, organizzati non in maniera gerarchica ma come una stazione geodesica. Dobbiamo tentare di decidere cosa sia l'amicizia, l'integrità o lo stile, e quanto siano importanti tali valori, vedendo quale concezione di ognuno di essi e quale conferimento di importanza si accordi meglio col nostro senso delle altre dimensioni del vivere bene, o dell'avere successo nella sfida del vivere. L'etica è una complessa struttura di fini,

risultati e virtù differenti, e la parte che ognuno di essi svolge in tale complessa struttura può essere intesa soltanto elaborando il suo ruolo in un disegno generale stabilito dagli altri. Finché non possiamo vedere come i nostri valori si leghino insieme in tale maniera, così che uno qualunque di essi può essere messo alla prova di fronte alla concezione provvisoria degli altri, non ne comprendiamo nessuno. Due delle più abusate immagini filosofiche sono tuttavia adatte in questo caso. Nei valori come nella scienza ricostruiamo la nostra nave in mare un pezzo alla volta. O, se preferite, la luce si alza lentamente sul tutto.

La filosofia politica che aspira a una migliore comprensione dei valori politici deve svolgere il proprio lavoro entro tale vasta struttura. Deve tendere, in primo luogo, a costruire concezioni o interpretazioni di ognuno di questi valori che rafforzino gli altri (una concezione della democrazia, ad esempio, che sia utile all'uguaglianza e alla libertà, e concezioni di ognuno di questi altri valori che siano utili a questa concezione della democrazia). Deve tendere a costruire queste concezioni politiche, inoltre, come parte di una struttura di valore ancora più inclusiva che connetta la struttura politica non solo più generalmente alla morale, ma anche all'etica. Tutto ciò suona, senza dubbio, come olistico in modo impossibile e poco attraente. Ma non vedo altra maniera in cui i filosofi possano avvicinarsi al compito di dare quanto più senso critico possibile a ognuna delle parti di questa vasta struttura umanistica, lasciando stare il tutto. Se comprendiamo che ciò è responsabilità collettiva dei filosofi, nel corso del tempo, avremo ognuno una percezione migliore dei nostri separati ruoli marginali e incrementali.

Devo riconoscere che questa concezione della filosofia politica è in contrasto con due dei più noti esempi contemporanei in questo campo: il liberalismo «politico» di John Rawls e il pluralismo politico di Isaiah Berlin. La mia raccomandazione è simile al metodo dell'equilibrio riflessivo di Rawls, che tende a mettere in linea tra loro le nostre intuizioni e le nostre teorie sulla giustizia. La differenza con la metodologia di Rawls è comunque più evidente delle somiglianze, perché l'equilibrio che io credo la filosofia debba ricercare non è limitato, com'è il suo, ai costituenti essenziali

della politica, ma abbraccia ciò che egli chiama la teoria «comprensiva», che include tanto la morale personale quanto l'etica. Se la filosofia politica non è comprensiva nella sua ambizione non riesce a riscattare l'intuizione fondamentale che i valori politici sono integrati, e non distaccati.

Non ho modo di descrivere qui con maggiori dettagli tale concezione della filosofia politica. Ma propongo il mio libro "Virtù sovrana" come esempio di un lavoro in quello spirito, se non altro consapevole (14). Devo sottolineare che questo progetto comprensivo non è basato su una premessa strampalata, cioè che la verità nella filosofia politica, o più in generale nella teoria del valore, sia una questione di coerenza. Teorie eleganti e squisitamente coerenti di morale pubblica possono essere false, perfino ripugnanti. Abbiamo come obiettivo non la coerenza in se stessa, ma sia la persuasione sia tutta la coerenza che possiamo richiedere. Questi due scopi possono - in realtà penso che spesso debbano - darsi forza l'uno con l'altro. E' più facile trovare un profondo senso della giustezza in un insieme di valori integrato e unificato che in una lista della spesa. Ma i due scopi possono, dobbiamo anche ricordare, causarsi problemi l'uno con l'altro. Può succedere, ad esempio, quando la nostra percezione iniziale del carattere dei due valori (ad esempio, il patriottismo e l'amicizia nel noto esempio di E. M. Forster, o la libertà e l'uguaglianza nell'idea di Berlin) mostra che questi valori sono in conflitto. Possiamo essere capaci di costruire concezioni del patriottismo e dell'amicizia, o della libertà e dell'uguaglianza, che eliminano il conflitto. Ma queste concezioni possono non entusiasmarci: possono essere artificiali, estranee, o semplicemente non giuste. Dobbiamo riflettere ulteriormente, se abbiamo tempo e voce a sufficienza, e anche abbastanza immaginazione e capacità: dovremmo, ad esempio, tentare di trovare una concezione vincolante sia dell'amicizia sia del patriottismo che non le mostri in conflitto. Ad ogni modo, possiamo non essere capaci di farlo (15). Dobbiamo allora credere qualunque cosa che non possiamo fare a meno di credere: che forse il patriottismo e l'amicizia sono entrambi essenziali ma che non possiamo averli entrambi in modo pieno e neanche adeguato. Ma allora non possiamo pensare che la nostra riflessione sia riuscita, che abbiamo guadagnato il diritto di fermarci. Siamo

soltanto in stallo, e ciò è diverso.

DIRITTO.

- "La difesa di Hart".

Il diritto è un concetto politico: la gente lo usa per formulare affermazioni "del" diritto, cioè, affermazioni sul fatto che il diritto di un certo luogo proibisce, permette o richiede certe azioni, o attribuisce certi titoli, o ha altre conseguenze. Una prassi sociale enorme consiste nel produrre, contestare, difendere e controllare queste affermazioni. Ma il loro carattere è sfuggente. Cosa significa in realtà l'affermazione che «il diritto» richiede qualcosa? Cosa mai rende vera tale affermazione quando è vera, e falsa quando è falsa? Il diritto dell'Inghilterra richiede che le persone paghino le imposte periodicamente, e che paghino un indennizzo se non rispettano i contratti, tranne in certe circostanze. Queste proposizioni sono vere, vi diranno i giuristi inglesi, a causa di ciò che ha promulgato il Parlamento e di ciò che i giudici inglesi hanno deciso in precedenza. Ma perché queste particolari istituzioni (invece che, ad esempio, l'assemblea dei rettori delle maggiori università) hanno il potere di rendere vere le proposizioni del diritto? I giuristi sostengono spesso, inoltre, che alcune proposizioni del diritto sono vere: ad esempio che la signora Sorenson ha titolo giuridico a ricevere quote del proprio risarcimento da ciascuna delle aziende farmaceutiche coinvolte (anche quando nessuna istituzione legislativa e nessun giudice hanno dichiarato o disposto in tal senso nel passato). Cos'altro al di là di queste fonti istituzionali può rendere vera un'affermazione del diritto? I giuristi sono spesso in disaccordo sul fatto se alcune affermazioni del diritto, inclusa questa, siano vere, anche quando sanno tutto su ciò che le istituzioni hanno deciso in passato. Su quale avvenimento saranno allora mai in disaccordo? Vogliamo inoltre rispondere a queste domande non solo per un particolare sistema giuridico, come il diritto britannico, ma per il diritto in generale, che fosse dell'Alabama o dell'Afghanistan o di qualsiasi altro luogo.

Possiamo dire qualcosa, in generale, su ciò che rende vera un'affermazione del diritto, ogni volta che è vera? Possono esserci affermazioni vere del diritto in luoghi che hanno tipi di istituzioni politiche molto diversi da quelli che abbiamo noi? O in cui non c'è alcuna riconoscibile istituzione politica? C'è differenza, in Inghilterra o in qualsiasi altro luogo, tra l'affermazione che il diritto richiede che qualcuno tenga fede ai contratti sottoscritti, e una previsione che i magistrati lo puniranno se non lo fa? O tra quest'affermazione e quella apparentemente diversa che egli è moralmente obbligato a rispettare i suoi contratti? Se un'affermazione del diritto è diversa sia da una previsione delle conseguenze sia dall'asserzione di un obbligo morale, in che modo lo è esattamente?

Hart ha risposto a queste vecchie questioni nel "Concetto di diritto". Ho citato prima il succo della sua risposta: la tesi delle fonti. I particolari di questa tesi sono ben noti fra i filosofi del diritto. Hart ha ritenuto che in ogni comunità in cui sono formulate affermazioni del diritto la maggior parte dei funzionari della comunità accetti, come un tipo di convenzione, una regola fondamentale di riconoscimento che identifica quale fatto o evento di genere storico o di altro genere renda vere le affermazioni del diritto. Queste convenzioni possono essere molto differenti da un sistema giuridico all'altro: in un luogo la convenzione fondamentale potrebbe identificare come fonti delle affermazioni giuridiche vere il potere legislativo e le decisioni giudiziarie passate, mentre in un altro la convenzione potrebbe identificare come fonti i costumi o anche la correttezza morale. E' un fatto sociale quale forma assuma la convenzione in ogni particolare comunità; tutto sta in ciò che la maggior parte dei funzionari concorda dover essere il test fondamentale. Ma è parte del concetto stesso di diritto che in ogni comunità esista una convenzione principale che definisce cosa conta come diritto per tale comunità.

La tesi delle fonti di Hart è controversa: la mia tesi di cosa renda le affermazioni del diritto vere, quando lo sono, è come ho detto molto differente. Ciò che adesso è importante, comunque, non è l'adequatezza della tesi di Hart, ma il suo carattere. Solitamente, la prassi giuridica di primo livello può

consistere di giudizi di valore in competizione: lo sarà, dice Hart nel suo «Poscritto», se la regola fondamentale di riconoscimento in una comunità usa standard morali come parte del test per affermazioni valide del diritto. Ma, ribadisce, la teoria che descrive l'argomentazione giuridica ordinaria non è una teoria normativa o valutativa: non è un giudizio di valore di alcun tipo. E' piuttosto una teoria empirica, o descrittiva, che spiega i concetti che impiega l'argomentazione giuridica ordinaria. La posizione di Hart è un caso speciale della concezione archimedeo standard che prevede una divisione logica fra l'uso comune dei concetti politici e la loro spiegazione filosofica.

La sua posizione è perciò aperta alle stesse obiezioni che abbiamo visto contro l'archimedeismo in generale. In primo luogo, è impossibile distinguere i due tipi di tesi (distinguere le tesi di primo livello dei giuristi nella prassi giuridica dalle tesi di secondo livello dei filosofi su come vadano identificate e messe alla prova le tesi di primo livello) così da assegnare loro differenti categorie logiche. La tesi delle fonti di Hart è, ad esempio, lungi dall'essere neutrale fra le parti nel caso della signora Sorenson. Nessuna «fonte» del tipo di quelle che Hart ha in mente aveva disposto che le persone nella posizione della signora Sorenson avessero diritto a percepire risarcimenti sulla base delle quote di mercato, o fissato uno standard morale che avrebbe potuto avere quel risultato o quella conseguenza. In realtà, i legali delle aziende farmaceutiche hanno proposto in tribunale esattamente lo stesso argomento avanzato da Hart nel suo libro. Hanno detto che la pretesa della signora è infondata perché niente nel diritto esplicito dello Stato, quello identificato dalle convenzioni giuridiche stabilite, sostiene tale pretesa. I legali della signora Sorenson hanno sostenuto il contrario. Hanno rifiutato la tesi delle fonti: hanno sostenuto che i principi generali inerenti al diritto davano alla loro cliente un titolo per vincere la causa. Così la concezione di Hart non è neutrale nella discussione: prende una posizione. E in effetti si schiera, in ogni disputa giuridica difficile, a favore di quelli che sostengono che i diritti giuridici delle parti debbano essere fissati interamente consultando le fonti tradizionali del diritto.

Così la prima difficoltà dell'archimedeismo politico vale

anche per la versione giuridica di Hart. Lo stesso avviene per la seconda difficoltà. In quale modo la tesi delle fonti di Hart è ritenuta «descrittiva»? Ovviamente, come riconoscono lui e quelli che lo difendono, una descrizione è sempre in sé un'impresa normativa in "un qualche" senso: ogni teoria descrittiva sceglie una sola spiegazione di un fenomeno come più rilevante, saliente, utile, o qualcosa del genere. Hart era d'accordo che la sua analisi del diritto fosse normativa nel senso in cui ogni spiegazione di qualsiasi cosa è normativa: intendeva che la sua teoria è descrittiva come opposta a moralmente o eticamente valutativa. Ma come abbiamo notato nei casi della libertà, dell'uguaglianza, e così via, ci sono diversi modi di descrivere, e dobbiamo chiederci in quale di questi modi intendesse la sua teoria come descrittiva. Sebbene lui e i suoi seguaci avessero energicamente protestato che la mia critica del loro lavoro è basata su un'incomprensione del loro metodo e delle loro ambizioni, è difficile trovare asserzioni positive utili di cosa siano questi metodi e queste ambizioni, a parte quella che spiega che la loro affermazione ha un senso descrittivo. In una famosa e sconcertante frase nella versione originale del suo "Concetto di diritto", ha detto che quel libro dovrebbe essere inteso come «un esercizio di sociologia descrittiva». Ma non ha approfondito questa affermazione pura e semplice, ed è, come vedremo, lungi dall'essere chiaro cosa avrebbe potuto intendere con essa.

Dobbiamo, ancora una volta, usare la nostra immaginazione. Ho distinto prima tre modi in cui qualcuno potrebbe pensare che un'analisi concettuale di un concetto politico sia un'impresa descrittiva, e dobbiamo considerarli ancora in questo contesto. La tesi delle fonti è una tesi semantica? Tende a portare alla luce i criteri linguistici che ovunque i giuristi, o almeno la gran parte di loro, seguono effettivamente quando formulano e giudicano affermazioni del diritto? Ovviamente Hart non intendeva fornire una semplice definizione di dizionario, o un insieme di sinonimi per ogni parola o per ogni frase. Ma mi sembra plausibile che egli intendesse proporre una tesi filosofica più ambiziosa, in grado di chiarire i criteri di applicazione che giuristi e altri studiosi potevano riconoscere, dopo essere stati evidenziati da lui, come le regole che effettivamente seguono nel parlare di

ciò che il diritto esige o permette. Ho proposto questa interpretazione del suo progetto nell'"Impero del diritto"; ho detto che se questa interpretazione fosse corretta il suo disegno sarebbe messo in discussione perché non ci sono criteri condivisi, neppure nascosti, per sostenere o rifiutare proposizioni del diritto, nemmeno fra giuristi in giurisdizioni particolari, per non dire ovunque. Nel «Poscritto» Hart nega vigorosamente che intendesse una cosa del genere; dice che ho frainteso profondamente il suo disegno. Sono battuto ma non vinto: penso ancora che la mia concezione della sua impresa nel "Concetto di diritto" sia la migliore a disposizione (16). Però, dato che Hart ha messo in ridicolo questa interpretazione del suo progetto nel «Poscritto», dobbiamo guardare altrove.

Avremmo forse potuto ritenere che le proposizioni del diritto formino un genere naturale, come le tigri e l'oro, così che su di esse potrebbero essere fatte delle scoperte in grado di contraddire ciò che la maggior parte delle persone pensa sulla verità o falsità di esse? Proprio come potremmo scoprire che molti animali che negli zoo sono chiamati «tigri» non lo sono effettivamente, così, secondo questa concezione, potremmo scoprire che, indipendentemente da cosa pensa la gente, non è diritto ciò che non è conforme alla tesi delle fonti. Importanti scoperte sui generi naturali sembrano sia concettuali (si può dire plausibilmente che il D.N.A. della tigre è la sua essenza) sia descrittive. Così questa ipotesi, se potessimo accettarla, spiegherebbe la credenza apparente di Hart che un'indagine concettuale del diritto potrebbe essere descrittiva ma non semantica. Non abbiamo bisogno di seguire questa strada, comunque, perché Hart non avrebbe potuto pensare che affermazioni vere del diritto formino un genere naturale. Se la libertà non ha un D.N.A., non lo ha nemmeno il diritto.

Ci rimane la terza possibilità che ho individuato: che la tesi delle fonti di Hart sia concepita come descrittiva alla stregua di un qualche tipo di generalizzazione empirica. Si potrebbe concepire un esercito di antropologi giuridici che colleghi tutti i dati che la storia può fornire sulle varie occasioni in cui le persone hanno formulato, accettato o rifiutato ciò che consideriamo affermazioni del diritto. Un sociologo con un computer grande come una stanza e con un sacco di soldi a disposizione potrebbe sperare di analizzare quella marea di

dati, non per scoprire l'essenza o la natura del diritto, ma semplicemente per scoprire modelli e ricorrenze nel vasto corso della storia. In modo ambizioso, potrebbe avere l'obiettivo di identificare le leggi della natura umana: se, ad esempio, constata che le persone accettano le proposizioni del diritto solo quando la tesi delle fonti le sostiene, potrebbe forse sperare di spiegare questo fatto interessante attraverso principi darwiniani, o equazioni economiche, o qualcosa del genere. O potrebbe essere molto meno ambizioso: potrebbe semplicemente mettere in luce la regolarità, sicuramente già di per sé abbastanza interessante, e non tentare di spiegarla.

Dovremmo intendere l'archimedeismo di Hart come una tesi empirica nella versione ambiziosa o nella versione meno ambiziosa di cui abbiamo parlato? C'è un'obiezione preliminare: né Hart né i suoi successori hanno nemmeno iniziato i lunghissimi studi empirici che sarebbero stati necessari. Non solo non hanno prodotto una marea di dati, ma nemmeno una pozzanghera. C'è un'ulteriore obiezione preliminare, almeno nel caso di Hart: sarebbe incredibilmente strano riferirsi a uno studio o a una generalizzazione empirica di tal tipo come se fosse indirizzata a scoprire il concetto, la natura o l'idea stessa di diritto, e altrettanto strano intitolare "Il concetto di diritto" un libro che si ritiene riportare queste scoperte. Si immagini, ad esempio, un economista che dica che le leggi di Ricardo stabiliscono il concetto stesso di saggio di profitto.

Oltre a queste difficoltà preliminari, c'è un terzo e anche più grande problema. Se intendiamo le teorie di Hart (o quelle dei suoi successori) come generalizzazioni empiriche, dobbiamo ammettere allo stesso tempo che sono anche degli insuccessi clamorosi. Sarebbe necessaria una marea di dati per sostenere la tesi delle fonti, ma bastano solo pochi contro-esempi per rifiutarla, e ce ne sono ovunque. C'è in questo momento negli Stati Uniti un vivace dibattito sulla costituzionalità della pena di morte. La discussione ruota sul fatto se l'Ottavo Emendamento alla Costituzione, che proibisce «pene crudeli e inusuali», incorpori uno standard morale per le pene appropriate, standard che la pena di morte si ritiene non soddisfare, o se, al contrario, non incorpora alcuno standard morale, ma proibisce soltanto quelle pene che ritenevano

crudeli gli statisti e i politici che hanno formulato l'emendamento, o l'opinione pubblica generale a cui era riferito. Se presupponiamo che la pena di morte sia effettivamente crudele in maniera inaccettabile, ma che quasi nessuno la ritenesse tale nel diciottesimo secolo, allora i giuristi che accettano la prima interpretazione penseranno che il diritto costituzionale proibisca la pena di morte, mentre quelli che accettano la seconda penseranno che la permetta. Quelli che sostengono la prima lettura, quella di carattere morale, contraddicono chiaramente la tesi delle fonti sociali, non avendo nessuna di esse ordinato di leggere l'Ottavo Emendamento come comprendente la morale. Ma poiché nessuna fonte sociale ha decretato che la morale non sia rilevante, anche quelli che contestano la lettura morale contraddicono tale tesi.

Hart ha detto che la morale diviene rilevante per identificare il diritto quando qualche «fonte» ha decretato che la morale dovrebbe avere quel ruolo, e ha proposto le clausole astratte della Costituzione americana come esempi a riguardo. Ma ha frainteso lo stato del diritto costituzionale americano. Non c'è consenso né a favore né contro la lettura morale della Costituzione: è al contrario una questione sulla quale c'è un forte disaccordo. Io, con altri, sostengo la lettura morale a cui sembra che pensasse Hart (17). Ma altri, compresi il giudice della Corte Antonin Scalia, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il noto ex giudice Robert Bork, considerano la lettura morale come profondamente fuorviante (18). Non c'è alcuna convenzione che sia a suo favore o contro di essa, nessuna regola fondamentale di riconoscimento con cui una delle due parti possa sperare di sostenere le proposizioni del diritto costituzionale che tuttavia pretende siano vere.

IL VALORE DELLA LEGALITA'.

- "Legalità".

Ricominciamo da capo? Ho detto prima che i concetti politici sono concetti valutativi, e che i filosofi politici

dovrebbero avere l'obiettivo di mostrare, per ognuno di essi, nella maniera più precisa dove risieda il loro valore. Ho detto che, siccome i valori politici sono integrati piuttosto che distaccati, questo progetto deve trovare il posto di ogni valore in una rete di convinzioni più ampia e connessa reciprocamente che spieghi in generale le connessioni reciproche fra valori morali e politici e poi le collochi nel contesto ancora più ampio dell'etica. Questa immagine della filosofia politica non è solo fortemente ambiziosa - può essere anche immaginata soltanto in modo cooperativo - ma va anche di gran lunga fuori moda, come ho riconosciuto. Non è nello spirito del modesto pluralismo di valori. Tende invece a un fine utopico e mai realizzato: l'unità di valori platonica.

Dovremmo tentare di avvicinarci ai vecchi problemi del diritto in questo modo. Abbiamo bisogno di trovare un valore politico che è legato nel modo giusto a tali problemi. Deve essere un valore reale, come la libertà, la democrazia, e gli altri valori, e deve essere ampiamente riconosciuto come tale, almeno se il nostro progetto deve avere una qualche possibilità di esercitare influenza. Il valore deve nondimeno funzionare, nella nostra comunità, come un valore interpretativo. Tuttavia, quelli che lo accettano come valore devono essere in disaccordo su quale valore sia precisamente, e devono di conseguenza essere in disaccordo, almeno in certa misura, su quali sistemazioni politiche lo soddisfino, o su quali lo soddisfino meglio e quali peggio. Deve essere un valore giuridico distinto che sia tanto fondamentale per la prassi giuridica che il comprenderlo meglio ci aiuterà a comprendere meglio cosa significano le affermazioni del diritto e ciò che le rende vere o false. Dobbiamo essere capaci di vedere, ad esempio, come una concezione specifica del valore produrrebbe la tesi delle fonti, e come altre concezioni produrrebbero teorie del diritto molto differenti che sono parte della letteratura sulla "jurisprudence". Dobbiamo essere in grado di vedere come l'abbracciare una concezione del valore piuttosto che un'altra significhi prendere una decisione piuttosto che un'altra nel caso della signora Sorenson.

Dovrebbe adesso essere chiaro quale sia questo valore: è quello della legalità - o, come qualche volta è più enfaticamente chiamato, il principio di legalità ["rule of law"].

La legalità è un valore reale, ed è chiaramente un valore giuridico. Molte persone pensano ad esempio che il processo di Norimberga, in cui i dirigenti nazisti furono posti sotto giudizio e condannati dopo la seconda guerra mondiale, abbia violato la legalità, anche se era giustificato da altri valori politici: ad esempio, la giustizia o l'opportunità. La legalità è, inoltre, un valore molto popolare. E' stata sostenuta in modo più ampio e duraturo rispetto agli altri valori politici discussi prima, ed è largamente considerata di un'importanza pari a essi o anche maggiore. I filosofi antichi e medievali hanno analizzato e celebrato la legalità molto prima che altri filosofi celebrassero la libertà, per non dire dell'uguaglianza.

Fin dall'inizio, inoltre, la legalità è stata un ideale interpretativo ed è rimasta tale. Ci sono vari modi di affermarne il valore in astratto. La legalità è in gioco, potremmo dire, quando i funzionari politici impiegano il potere coercitivo dello Stato direttamente contro persone, enti o gruppi particolari, ad esempio arrestandoli o punendoli o costringendoli a pagare multe o risarcimenti. La legalità pretende che tale potere venga esercitato soltanto in accordo con standard stabiliti in modo giusto preventivamente. Ma questa formulazione astratta è, di per sé, quasi del tutto priva di informazioni: deve essere specificato che tipi di standard soddisfino le richieste della legalità, e come uno standard venga stabilito in anticipo in modo giusto. Le persone sono fortemente in disaccordo su tali questioni. Alcuni dicono, come ho già notato, che il processo di Norimberga ha violato la legalità, che risultasse poi giustificato o no in base ad altri valori. Ma altri dicono che quel processo ha protetto o incrementato gli ideali stessi della legalità. Analogamente, ora le persone sono in disaccordo sui processi ai dittatori deposti per atti contro l'umanità non condannati dal diritto dei luoghi in cui furono compiuti quando avvennero, e sul processo nei tribunali penali internazionali contro i criminali dei Balcani. Queste differenti interpretazioni rappresentano un'aderenza comune al valore della legalità, ma differenti concezioni di cosa sia la legalità.

Non può esserci alcun dubbio sulla connessione del valore della legalità col problema dell'identificazione delle affermazioni del diritto vere o valide. Le concezioni della

legalità differiscono, come ho detto, su quali tipi di standard siano sufficienti per soddisfare la legalità, e in che modo questi standard debbano essere stabiliti in anticipo; le affermazioni del diritto sono affermazioni su quali standard giusti di fatto sono stati stabiliti in modo giusto. Una interpretazione della legalità è perciò una teoria generale di come decidere quali affermazioni particolari del diritto sono vere: la tesi delle fonti di Hart è una teoria della legalità. Non comprenderemmo il senso sia della legalità sia del diritto se negassimo questa connessione intima fra le interpretazioni della legalità e l'identificazione delle affermazioni vere del diritto. Possiamo sensatamente pensare che sebbene il diritto respinga la pretesa della signora Sorenson al risarcimento dei danni secondo quote di mercato, la giustizia sostenga invece questa pretesa. O il contrario (meno verosimilmente): che sebbene il diritto le riconosca tale pretesa, la giustizia la condanni. Ma sarebbe senza senso supporre che sebbene il diritto, propriamente inteso, le riconosca un diritto di indennizzo, il valore della legalità sia contro di esso. O che sebbene il diritto, propriamente inteso, le neghi un diritto all'indennizzo, la legalità finirebbe per far pagare le aziende.

Possiamo liberare le questioni importanti della filosofia del diritto dall'oscurantismo archimedeo affrontandole in quest'altro modo. Comprendiamo meglio la prassi giuridica e otteniamo un senso più intellegibile delle proposizioni del diritto perseguendo esplicitamente un disegno normativo e politico: definendo e difendendo concezioni della legalità, e ricavando dalle concezioni che si sono scelte delle prove per le affermazioni concrete del diritto. Il problema di considerare meramente «descrittive» le teorie del diritto costruite in tal modo non si pone. Sono concettuali, ma soltanto nel senso normativo e interpretativo in cui sono concettuali le teorie della giustizia nonché quelle della democrazia, della libertà e dell'uguaglianza. Possono essere, come queste teorie, più o meno ambiziose. Le più ambiziose cercano di trovare sostegno alle loro concezioni della legalità in altri valori politici - o piuttosto, perché il processo non è a senso unico, cercano di trovare sostegno a una concezione della legalità in un insieme di altri valori politici connessi, ognuno dei quali è inteso a sua volta in un modo che riflette quella concezione della legalità

ed è sostenuto da essa. Propongo il mio libro, "L'impero del diritto", come l'esempio più elaborato di cosa ho in mente, almeno come tentativo. Non vi ho sottolineato la parola «legalità», ma ho fatto riferimento a questo valore: ho detto che una teoria filosofica del diritto deve iniziare da una comprensione dei problemi della prassi giuridica nel suo complesso. Allora non ero così interessato a isolare e specificare gli altri valori che ogni concezione convincente dei problemi del diritto dovrebbe implicare. Ma la descrizione più ambiziosa della "jurisprudence" che ho proposto adesso mi aiuta a comprendere meglio e, spero, ad approfondire meglio questioni sottovalutate o ignorate in quel libro. Lì dicevo, ad esempio, che identificare proposizioni vere del diritto è una questione di interpretazione costruttiva dei dati giuridici, e che un'interpretazione costruttiva tende sia ad accordarsi con i dati, sia a giustificarli. Temo che «accordarsi» e «giustificare» siano solo nomi per due dimensioni grezze dell'interpretazione e che un raffinamento ulteriore richiederebbe un'analisi più attenta di altri valori politici separati, attraverso i quali comprendere queste dimensioni in modo più accorto, cosicché, ad esempio, potremmo capire come integrarle in un giudizio generale di superiorità interpretativa quando spingono in direzioni opposte. Mi sembra adesso che i concetti politici chiave da analizzare in questo modo siano quelli dell'equità procedurale, che è il centro della dimensione dell'accordarsi, e della giustizia sostantiva, che è il centro della giustificazione politica. Comprendere meglio il concetto di legalità, cioè, significa estendere la discussione della sentenza ["adjudication"] per includere uno studio di questi valori ulteriori, e sebbene sia sorprendente che questo studio ulteriore non alteri in qualche modo la nostra comprensione del diritto, è anche sorprendente che la nostra comprensione del diritto non produca delle concezioni differenti dell'equità e della giustizia. Una reinterpretazione di ampio raggio dei valori politici non lascia niente completamente com'era.

- "La «jurisprudence» rivisitata".

Possiamo interpretare le principali tradizioni e le principali

scuole di "jurisprudence" come esprimenti diverse concezioni della legalità (e quindi come differenti da altre rispetto a tali concezioni)? Questo valore comporta che il potere coercitivo di una comunità politica dovrebbe essere usato contro i suoi cittadini solo in accordo con standard stabiliti prima di quest'uso. Standard di che tipo? Stabiliti in che modo? Affrontiamo questi problemi proponendo un'interpretazione del valore della legalità - una questione ipotetica che serve a contrastare in tal modo l'uso del potere politico - e quest'interpretazione deve implicare, come ho detto diverse volte, altri valori da noi riconosciuti. Se è sufficientemente ambiziosa, includerà la maggior parte di essi in ciò che prima ho chiamato una rete di convinzioni. Nondimeno, teorie differenti sceglieranno come più importanti valori interconnessi differenti: le teorie differiranno, si potrebbe dire, nell'importanza che ciascuna assegna ai valori differenti nel creare il campo magnetico in cui ha luogo la legalità.

Le scuole e le tradizioni di "jurisprudence" presentano grandi differenze sul tipo di queste scelte. Tre importanti tradizioni sono state in realtà costituite dallo scegliere in alternativa, come valori localmente influenti, i valori politici dell'accuratezza, dell'efficienza e dell'integrità. Esaminerò da quella prospettiva ciascuna di queste tre tradizioni, ma voglio in particolar modo sottolineare che non sto suggerendo che ognuna delle tradizioni che descrivo abbia scelto uno di questi tre valori come chiave esclusiva della legalità, e abbia screditato o sottovalutato gli altri. Sostengo, ad esempio, che la tradizione giuridica positivista sottolinea la relazione fra la legalità e l'efficienza, ma non voglio dire che i positivisti non sono stati sensibili al governo giusto ed equo. I positivisti differiscono fra di loro non solo perché sostengono concezioni in certo modo differenti di cosa significhi l'efficienza politica e del perché sia dotata di valore, ma anche perché sostengono concezioni differenti, espresse nei dettagli delle loro posizioni, del carattere e della forza di molti altri ideali politici, e citerò alcuni degli altri valori a cui i vari positivisti si sono appellati per plasmare e rafforzare il loro riferimento principale all'efficienza. La mia tripartizione distingue i centri di gravità di differenti gruppi o scuole di teorie; non intende esaurirne la complessità o spiegare i particolari di ognuna di esse.

"Accuratezza". Con accuratezza intendo il potere dei funzionari di esercitare il potere coercitivo dello Stato in modo sostanzialmente giusto e saggio. La legalità promuove l'accuratezza se i documenti ufficiali sono più giusti e saggi quando sono impostati in base a standard stabiliti di quanto lo siano quando rappresentano meramente il giudizio di alcuni funzionari su cosa sia giusto o saggio. Non è immediatamente evidente che questa sia sempre o anche solitamente la situazione comune. Platone disse che la legalità avrebbe impedito l'accuratezza se vincolava il potere di funzionari che erano anche persone di grande sapere, intuito e carattere, perché essi avrebbero saputo di più sul caso in questione di quelli che nel passato avevano stabilito le leggi, e sarebbero stati tanto sensibili da discernere gli aspetti del caso che potevano richiedere o giustificare un trattamento differente. Ma ci sono almeno due possibili ragioni per credere che nonostante ciò la legalità incrementi davvero l'accuratezza. La prima si richiama alle ragioni istituzionali, storiche o contingenti per ritenere che il giudizio dei legislatori del passato, nonostante la loro distanza dai problemi e dalle questioni all'ordine del giorno, sia probabilmente migliore dell'istinto e della decisione di funzionari contemporanei. Platone ha sostenuto la legalità per questo tipo di ragione, nonostante la riserva che ho appena citato. I filosofi re sono raramente al potere, ha riconosciuto, e specie in una democrazia le persone effettivamente in carica sono male informate, incompetenti, corrotte, auto-interessate, o tutte queste cose assieme. In tali sfortunate circostanze, ha detto, è meglio che i funzionari siano costretti a seguire ciò che è stato stabilito nel passato, perché non ci si può fidare del fatto che da soli prendano una buona decisione oggi. I conservatori politici, come Burke e Blackstone, hanno difeso spesso la legalità allo stesso modo. Hanno ritenuto che il diritto codificato fosse un deposito accumulato di saggezza e di pensiero cristallino, e che fosse perciò più affidabile delle decisioni di individui con carattere, conoscenza e capacità limitate, specialmente di quelle prese nella foga del momento.

La seconda ragione per ritenere che la legalità accresca l'accuratezza è molto differente: poggia non su una ragione

contingente per supporre che gli standard stabiliti siano più saggi e più giusti rispetto alle decisioni prese caso per caso, ma su una concezione della legalità che ammette che ci siano dei test per gli standard stabiliti così da produrre e anche garantire questo risultato. I giuristi medievali di diritto naturale pensavano che il buon governo significasse governo conforme alla volontà di Dio, che la volontà di Dio fosse espressa in leggi morali di natura, e che sacerdoti e governanti ispirati da Dio fossero guide affidabili di questo diritto. Erano naturalmente attratti, perciò, da una concezione della legalità che enfatizzava queste fortunate connessioni fra la legalità e la virtù politica e dunque da test del diritto che includevano un requisito di valore e accettabilità morale. Non c'è niente nel concetto astratto di legalità che escluda tale connessione, e se il vero valore della legalità è identificato soltanto attraverso una prospettiva che lo formalizza, allora questa prospettiva sembrerà insuperabile a coloro che accettano le interpretazioni con cui essa si accorda. La tradizione di diritto naturale, nelle sue varie forme e manifestazioni, è basata su questo modo di spiegare perché la legalità ha il valore che ha.

"Efficienza". Jeremy Bentham, il fondatore del positivismo giuridico almeno nella sua versione britannica, non era attratto da nessuno di questi due insiemi di presupposti. Non riteneva che i vecchi standard fossero quelli buoni; al contrario era un innovatore instancabile e radicale. Non credeva che la legge morale fosse evidente nella natura di Dio: pensava al contrario, che l'idea stessa di diritti naturali fosse un nonsenso sui trampoli. La sua teoria della virtù della legalità poggia non sull'accuratezza ma sull'efficienza. La morale politica, pensava, sta nel bene più grande del numero più grande, e ciò può essere assicurato meglio non da diverse decisioni coercitive politiche prese da differenti funzionari a seconda dei loro giudizi vari ed estemporanei, ma da schemi politici particolareggiati le cui complesse conseguenze possano essere attentamente considerate in anticipo, e stabilite in dettaglio, preferibilmente in elaborati codici scritti e applicati alla lettera. Solo in tal modo possono essere risolti gli enormi problemi di coordinazione con cui si confronta il governo di una società complessa. Il positivismo giuridico è il risultato

naturale di questa interpretazione del nucleo e del valore della legalità. L'efficienza è compromessa o completamente perduta, pensava Bentham, quando i test morali sono inclusi fra i test del diritto, perché i test morali consentono ai cittadini e ai funzionari in disaccordo, spesso radicale, su cosa richieda la morale di cambiare il loro proprio giudizio su quali standard sono stati stabiliti: la disorganizzazione conseguente produrrà non utilità ma caos. In tal modo Bentham e i suoi seguaci hanno ribadito che il diritto è tutto ciò che il governo o il parlamento sovrani hanno decretato: il diritto termina dove finisce il decreto. Solo quest'interpretazione può proteggere l'efficienza del diritto.

I positivisti successivi hanno creduto la stessa cosa: hanno sottolineato il ruolo del diritto nel sostituire una nuova direzione alle incertezze dell'imprecazione abituale o morale. Hart ha scritto, ispirandosi molto a Thomas Hobbes, un positivista di un'epoca anteriore, che la legalità cura le inefficienze di un mitico stato di natura o di costumi precedenti il diritto. Joseph Raz sostiene che la forza della legalità è l'autorità, e che l'autorità è danneggiata o distrutta se le sue direttive non possono essere identificate senza ricorso al tipo di ragioni per l'azione che i cittadini hanno prima che l'autorità si sia espressa. L'autorità non può servire ai suoi scopi, ribadisce, se le sue direttive non sostituiscono le ragioni che la gente aveva già, invece che aggiungervisi semplicemente.

Come ho detto, l'efficienza non è l'unico valore che i positivisti prendono in considerazione nel formulare le loro concezioni della legalità, ed è interessante citarne anche altri. Bentham ad esempio pensava che fosse importante che l'opinione pubblica conservasse un salutare senso di sospetto e anche di scetticismo sul valore morale delle proprie leggi: dovrebbe comprendere la differenza fra il diritto come è e come dovrebbe essere. Temeva che se i giudici si fossero potuti appellare alla morale nel decidere cos'è il diritto, allora si sarebbe confusa tale essenziale linea di separazione: la gente avrebbe potuto ritenere che ogni cosa i giudici chiamassero diritto non potesse essere sbagliata perché aveva superato quel test morale. Liam Murphy, fra i positivisti giuridici contemporanei, si è richiamato all'importanza della vigilanza

pubblica nel difendere la propria interpretazione positivistica del valore della legalità (19). Hart si è interessato non solo dell'efficienza ma anche dell'aspetto indipendente della correttezza politica. Se il diritto di una comunità può essere determinato semplicemente scoprendo cosa hanno dichiarato le fonti sociali pertinenti - ad esempio il potere legislativo - allora ai cittadini è dato un giusto avvertimento di quando lo Stato interverrà per aiutarli, ostacolarli o punirli. Se, dall'altra parte, le decisioni di queste fonti richiedono di essere integrate o precisate da considerazioni e principi morali, i cittadini non possono sapere così facilmente o con la stessa sicurezza qual è la loro situazione. In America, alcuni giuristi costituzionali sono attratti da un certo tipo di positivismo per una ragione completamente differente. Se la morale è riconosciuta fra i test del diritto, allora i giudici le cui opinioni morali fossero decisive in casi costituzionali hanno molto più potere sui cittadini comuni rispetto a quando la morale è considerata irrilevante per svolgere i loro compiti. Se poi in particolare i giudici vengono nominati e non eletti, e non possono essere deposti dalla volontà popolare, un tale aumento del loro potere non è democratico (20).

Dunque, i positivisti giuridici possono difendere la loro concezione della legalità, la quale sottolinea che la morale non è pertinente alla definizione del diritto, mostrando quanto la legalità così intesa serva all'efficienza e anche a questi altri valori. Questa difesa ovviamente presuppone delle interpretazioni particolari di questi altri valori, e tali interpretazioni possono essere messe in discussione, e lo sono state effettivamente. Si potrebbe argomentare, ad esempio, che l'efficienza politica significa coordinare il comportamento di una popolazione verso fini buoni, piuttosto che semplicemente verso ogni fine; che un avvertimento corretto è dato in modo sufficiente, almeno in certi contesti, dalla promessa o dalla minaccia che gli standard morali saranno applicati nel giudicare un comportamento particolare; che il giudizio critico di una popolazione è acuito, anziché diminuito, da una interpretazione 'protestante' del diritto che le consenta di essere in disaccordo (in parte sulla base di ragioni morali) con le dichiarazioni ufficiali di cosa richieda il diritto; e che la democrazia significa non soltanto governo della maggioranza,

ma governo della maggioranza soggetto alle condizioni, di ordine morale, che rendono giusto il governo della maggioranza. Il positivismo rifiuta queste ed altre interpretazioni alternative: esso non solo seleziona cioè quale valore politico mettere in luce nel costruire una concezione della legalità, ma interpreta anche gli altri valori in maniera controversa alla luce della propria concezione della legalità. Non c'è alcuna minaccia di circolarità in questa complessa interazione concettuale; al contrario, il progetto filosofico richiede esattamente di collocare un valore politico come la legalità in una più ampia rete di valori.

"Integrità". L'efficienza del governo, in ogni possibile accezione di senso, è chiaramente un prodotto importante della legalità, e ogni plausibile spiegazione del valore della legalità deve sottolineare questo fatto. Nessun governante, nemmeno un tiranno se abbandona del tutto la legalità per il capriccio o il terrore, sopravvive a lungo o riesce a realizzare i propri obiettivi, fossero pure quelli più malvagi. Ma c'è anche un altro importante valore che la legalità potrebbe servire, non in competizione con l'efficienza, ma abbastanza indipendente da esso da fornire a coloro che lo ritengono di grande importanza una concezione distinta di quello a cui serve la legalità. E' l'integrità politica, la quale significa uguaglianza davanti alla legge, non semplicemente nel senso che la legge venga applicata così come è scritta, ma nel senso, più attento alle conseguenze, che il governo debba governare sotto un insieme di principi applicabili a tutti in linea di principio. La coercizione arbitraria o la punizione violenta violano questa dimensione cruciale dell'uguaglianza politica, anche se, nel corso del tempo, rendono il governo più efficiente.

L'integrità è stata un ideale popolare tra i filosofi politici per centinaia di anni e la sua connessione con la legalità è stata notata spesso, esprimendola qualche volta con la formula che sotto il principio di legalità nessun uomo è al di sopra della legge; ma la forza di questa affermazione non è esaurita dall'idea che ogni legge dovrebbe essere applicata a tutti alla lettera, come hanno reso chiaro le varie discussioni a riguardo. Questa richiesta sarebbe soddisfatta da leggi che, nella loro formulazione, si applicassero solo ai poveri, o che esentassero i

privilegiati, ma i filosofi che intendono la legalità in quel modo hanno in mente un'uguaglianza davanti alla legge sostanziale e non solo formale. A. V. Dicey, ad esempio, nel suo classico studio della Costituzione britannica, delinea le seguenti distinzioni:

"Quando parliamo del principio di legalità, intendiamo in secondo luogo [...] non solo che da noi nessuno è sopra la legge, ma (cosa diversa) che qui ogni uomo, qualunque siano il suo ceto e la sua condizione, è soggetto alla legge ordinaria del regno [...]".

Più oltre si riferisce a questa come a «l'idea di uguaglianza giuridica» (21). F. A. Hayek formula la stessa tesi, sebbene l'associ (com'era prevedibile) alla libertà invece che all'uguaglianza. Scrive nella sua opera più nota:

"La concezione della libertà sotto la legge, che è la cosa di maggior interesse per questo libro, si fonda sull'asserzione che quando obbediamo alle leggi, intese come norme generali e astratte stabilite senza tener conto del loro applicarsi a noi, non siamo soggetti alla volontà di altri e, pertanto, siamo liberi [...]. Tuttavia ciò è vero solo se per «legge» intendiamo le norme generali che si applicano uniformemente a tutti. Questa generalità è, probabilmente, il più rilevante aspetto di quel carattere della legge che abbiamo definito «astrattezza». Una vera legge come non dovrebbe nominare nulla di particolare, così non dovrebbe nemmeno indicare specificamente una persona o un gruppo di persone" (22).

Se mettiamo insieme in questo modo legalità e integrità, favoriremo una concezione della prima che riflette e incrementa questa associazione. Preferiremo una descrizione di cos'è il diritto e di come debba essere identificato che incorpori il valore dell'integrità, di cui riconosciamo la pertinenza e l'importanza. Se un modo di decidere il caso della signora Sorenson la ritiene uguale di fronte alla legge, nel senso assunto dall'integrità, e un altro modo no, allora preferiamo una concezione della legalità che incoraggia la prima decisione e scoraggia la seconda. Ho cercato di costruire una tale teoria

del diritto nell'Impero del diritto"; l'ho descritta brevemente prima in questo capitolo e non intendo sviluppare adesso questa descrizione. Voglio invece sottolineare che "L'impero del diritto" riporta soltanto un modo in cui l'integrità e la legalità possono essere comprese ognuna nei termini dell'altra, e i lettori che non sono soddisfatti della mia ricostruzione non dovrebbero tuttavia rifiutare per questa ragione il progetto generale.

Credo, comunque, di dover anticipare un'obiezione differente che qualcuno potrebbe avanzare a questo punto. Ossia che la decisione corretta nel caso della signora Sorenson dipenda da cosa effettivamente è il diritto, non da quale vorremmo che fosse perché siamo attratti da un qualche altro ideale, come l'integrità. Ma, come ho cercato di argomentare per molte pagine, non possiamo identificare i test giusti per decidere cosa sia realmente il diritto senza sviluppare e difendere una concezione della legalità, e non possiamo farlo senza decidere cosa sia realmente buono riguardo alla legalità, ammesso che qualcosa lo sia. La "jurisprudence" è un esercizio di morale politica sostantiva. Ovviamente, non possiamo proporre con successo un'analisi della legalità che non abbia alcuna relazione con la prassi giuridica: una descrizione riuscita di ogni valore deve poter essere vista come una descrizione di "quel" valore come se esistesse e funzionasse in uno schema di valori condiviso. Come un'affermazione sui diritti giuridici della signora Sorenson deve accordarsi con la prassi giuridica della giurisdizione in cui sorge il caso, così ogni affermazione su cosa sia la legalità deve accordarsi con la prassi giuridica in modo più generale. Ma ci sarà più di una concezione della legalità in grado di accordarsi abbastanza bene; questa è la ragione per cui abbiamo differenti filosofie giudiziali rappresentate perfino nella stessa corte. L'incisività di un'argomentazione giurisprudenziale è quella morale.

- "Positivismo interpretativo".

Le difficoltà che ho individuato nella metodologia delineata da Hart, il quale ribadisce che le teorie del diritto sono descrittive e neutrali, possono essere superate riformulando i

suoi argomenti nel modo interpretativo che ho suggerito sin qui. Ci sforziamo di comprendere la legalità comprendendo cosa sia particolarmente importante e degno di valore in essa, e siamo tentati, inizialmente, dall'idea che la legalità sia importante perché fornisce autorità in circostanze in cui è richiesta proprio quest'ultima. Ma tale tesi implica un'ulteriore questione concettuale. Anche l'autorità è un concetto contestato: abbiamo bisogno di una teoria dell'autorità che mostri quale valore ci sia in essa. La chiave per risolvere tale ulteriore questione sta nella mescolanza con gli altri valori tradizionalmente celebrati dai positivisti giuridici, e particolarmente nell'efficienza che l'autorità produce. Come hanno sottolineato i positivisti da Hobbes a Hart, e come hanno ampiamente confermato gli storici, l'autorità politica rende possibili la politica e la coordinazione, e sebbene la politica e la coordinazione possano non andare a beneficio di tutti, lo fanno spesso, e forse anche di solito. Siamo guidati da questa ampia matrice di idee nel fissare le interpretazioni dei singoli concetti che vengono impiegati: i concetti di legalità, efficienza e autorità. Dobbiamo fissarne le varie interpretazioni in modo da consentire a ciascuno di essi di svolgere la propria parte nella vicenda più ampia.

Così adottiamo una concezione positivista «esclusiva» della legalità, la quale ribadisce che la morale non svolge alcun ruolo nell'identificare le affermazioni vere del diritto, e adottiamo anche quella che Joseph Raz chiama una concezione di «servizio» dell'autorità, la quale ribadisce che non c'è alcun esercizio di autorità, eccetto quando ciò che è stato imposto può essere identificato senza ricorso alle ragioni che quella imposizione intende risolvere e sostituire (23). Non riteniamo più che queste affermazioni concettuali siano neutrali, ritrovamenti archimedei di regole sepolte in concetti che sapranno riconoscere tutti coloro che hanno una piena comprensione del concetto o una piena conoscenza del linguaggio. Possiamo dire ancora, come fanno i positivisti, che abbiamo identificato gli aspetti salienti dei nostri concetti che più ci aiutano a comprendere noi stessi, la nostra prassi, o il nostro mondo. Ma rendiamo ora esplicito ciò che è oscuro in tali inutili affermazioni, cioè che comprendiamo meglio noi stessi e le nostre prassi in un modo particolare: col delineare

concezioni dei nostri valori che mostrano cosa troviamo, attraverso la riflessione, più degno di valore in essi, presi ognuno singolarmente e nell'insieme. Non avanziamo alcuna pretesa che le nostre conclusioni siano non controverse o sganciate da concrete decisioni politiche. Se le nostre teorie mostrano che gran parte di ciò che la maggioranza delle persone pensano sul diritto è un errore (se mostrano che le pretese giuridiche che entrambe le parti avanzano nel caso Sorenson sono in errore perché nessuna rispetta la tesi delle fonti) allora ciò non è per noi un motivo di disagio maggiore di quanto sarebbe se le nostre conclusioni sull'uguaglianza mostrassero che la maggior parte delle persone ha costantemente frainteso cosa è realmente l'uguaglianza.

Questo è, credo, tutto ciò che possiamo fare riguardo alle tesi centrali del positivismo giuridico. Suona strano e artificiale, lo so, perché in realtà se i nostri giudici si convertissero improvvisamente al positivismo giuridico e appoggiassero in maniera esplicita e rigorosa la tesi delle fonti, ciò non renderebbe il nostro diritto più certo o prevedibile, o il nostro governo più efficiente o efficace. Al contrario, i giudici farebbero meno affidamento sulle affermazioni del diritto di quanto fanno adesso. Se ho ragione, i giudici americani sarebbero costretti a dichiarare che non c'è assolutamente alcun diritto in America, eccetto le parole nude e non interpretate della Costituzione (24). Anche se essi evitassero in qualche modo questa spaventosa conclusione, sarebbero costretti a sovvertire la legalità piuttosto che a servirla, anche secondo la concezione positivista di questa virtù, perché sarebbero costretti a dichiarare troppo spesso sia che il diritto non dice niente sulla questione in discussione, sia che il diritto è troppo ingiusto, imprudente o inefficace per essere applicato. I giudici, ad esempio, per i quali sarebbe intollerabile che il caso Sorenson non avesse alcuna soluzione, sarebbero costretti a dichiarare che, nonostante il fatto che il diritto favorisca il convenuto, essi finirebbero per ignorare il diritto e dunque la legalità e accorderebbero il risarcimento alla querelante. Annuncerebbero che essi hanno la «discrezione» di cambiare il diritto (oppure, ma si giunge alla stessa conclusione, di colmare le lacune del diritto che scoprono) attraverso l'esercizio di un nuovo potere legislativo che contraddice

l'interpretazione più basilare di cosa richiede la legalità. Ad ogni modo può sembrare irragionevole, o al limite ingeneroso, attribuire da parte mia ai positivisti tale argomentazione autocontraddittoria a sostegno della loro posizione. Ma dovremmo notare ora che quando il positivismo fu proposto per la prima volta, e quando divenne una forza effettiva fra i giuristi e i giudici anziché una posizione solo accademica, la situazione politica era molto differente. Bentham, ad esempio, ha scritto in un'epoca in cui il commercio era più semplice e più stabile e la cultura morale più omogenea: egli poteva plausibilmente sperare, come ha fatto, nella possibilità di codificazioni che raramente lasciassero lacune o richiedessero interpretazioni controverse. In queste circostanze i giudici che brandivano test morali per il diritto ponevano una minaccia precisa all'efficienza utilitarista che avrebbe potuto più semplicemente essere evitata negando loro un potere di questo tipo. Anche nei primi anni del secolo scorso, i giuristi progressisti condivisero le concezioni di Bentham: il progresso, pensavano, era raggiungibile attraverso istituzioni amministrative, che agivano sotto ampi mandati parlamentari e che fissavano regolamentazioni dettagliate che avrebbero potuto essere applicate e fatte osservare dai tecnici. O, negli Stati Uniti, attraverso dettagliati codici uniformi, compilati da un istituto nazionale del diritto composto da giuristi accademici, e proposti per l'adozione da parte dei diversi Stati. Ancora una volta, in questa atmosfera, i giudici che pretendevano il potere di ricavare i principi morali da un diritto comune antico e inusitato parevano arcaici, conservatori e caotici. Il pericolo di una tale tesi fu brillantemente illustrato dalla decisione "Lochner" della Corte Suprema nel 1904, la quale sostenne che la concezione della libertà implicata nel Quattordicesimo Emendamento rendeva incostituzionale la legislazione progressista che limitava il numero delle ore di lavoro consentite al giorno per i fornai (25). Il positivismo giuridico, pensavano i progressisti, salvava il diritto da una morale reazionaria di questo tipo.

Il positivismo di Oliver Wendell Holmes è stato una dottrina giuridica efficace: egli citava il positivismo nel dissentire dalle decisioni della Corte Suprema nelle quali, secondo la sua prospettiva, i giudici avevano assunto il potere

illegittimo di forgiare il loro proprio diritto, con la pretesa di trovare i principi compenetrati nel diritto complessivo. «La "common law" non è una onnipresenza che aleggia nel cielo», ha dichiarato in un suo famoso intervento in dissenso, «ma la voce articolata di qualche sovrano o quasi-sovrano che può essere identificato; sebbene alcune decisioni con cui sono in disaccordo mi sembrano avere dimenticato questo fatto» (26). La discussione giurisprudenziale fra il positivismo e le vecchie teorie del diritto è stata al centro della lunga controversia sulla questione se i giudici federali, nei casi in cui avevano giurisdizione soltanto perché le parti provenivano da Stati differenti, fossero costituzionalmente obbligati ad applicare la "common law" di uno di quegli Stati come se quel diritto fosse stato dichiarato dalle corti dello Stato, o se fosse loro permesso di decidere in maniera differente trovando e applicando principi di un diritto «generale» non riconosciuto dalla corte di alcuno Stato. Nel caso "Erie Railroad v. Tompkins", la Corte Suprema alla fine decise che non c'era qualcosa di simile a un diritto «generale»: c'era solo il diritto dichiarato dai singoli Stati (27). Il giudice costituzionale Brandeis citò un altro famoso passo di Holmes a favore della Corte:

"Il diritto nel senso in cui le corti parlano oggi di esso non esiste senza una qualche autorità definita dietro di esso [...] l'autorità e la sola autorità è lo Stato, e se è così, la voce adottata dallo Stato come propria [sia essa del suo corpo legislativo o della sua Corte Suprema] dovrebbe pronunciare l'ultima parola".

Brandeis rese chiara l'importanza pratica di questa concezione del diritto: la concezione contraria, a lungo seguita dalle corti federali, distruggeva l'uniformità perché produceva differenti risultati in relazione alla stessa questione nei vari Stati e nelle varie corti federali, incoraggiando i querelanti esterni a un certo Stato al fine di portare le azioni legali alle corti federali quando ciò fosse di loro vantaggio. Ovviamente la Corte avrebbe potuto raggiungere lo stesso risultato - per quelle ragioni pratiche - senza abbracciare il positivismo, ma la retorica muscolare di tale dottrina giuridica aveva un grande richiamo perché consentiva a Holmes, Brandeis, Learned Hand

(28) e ad altri «progressisti» di dipingere i loro oppositori conservatori come vittime di una metafisica incoerente. Dei cambiamenti nei giudici e nelle aspettative della società riguardo al diritto, che resero la teoria generale della legalità del positivismo sempre meno plausibile e più autocontraddittoria, erano comunque in corso anche negli anni Trenta del Novecento, quando loro scrivevano, e con un impulso via via maggiore nei decenni che seguirono. Elaborati schemi giuridici divennero sempre di più importanti fonti del diritto, ma questi schemi non erano - non potevano essere - codici dettagliati. Erano sempre più composti da asserzioni di principio generali e da linee politiche che andavano tradotte in concrete decisioni amministrative e giudiziarie; se i giudici avessero continuato a dire che il diritto finiva quando terminavano le decisioni esplicite del sovrano, avrebbero dovuto costantemente dichiarare, come ho detto, che la legalità era irrilevante per i loro giudizi o da essi messa in discussione.

Negli anni Cinquanta, inoltre, diversi giudici della Corte Suprema iniziarono una nuova epoca nel diritto costituzionale americano che rese la "jurisprudence" un'attraente questione di politica nazionale. Iniziarono a interpretare le clausole astratte della Costituzione, fra cui quelle del "due process" e dell'"equal protection", come se esse affermassero principi morali generali che attribuivano ai cittadini individuali importanti diritti contro i governi statali e federale, diritti la cui esistenza presupponeva che il diritto non fosse limitato a promulgare leggi, e i cui contorni si sarebbero potuti identificare attraverso un giudizio sostantivo morale e politico. Questa iniziativa improvvisamente rovesciò la valenza politica dell'argomentazione giurisprudenziale: i positivisti divennero conservatori, i quali, ad esempio, sostenevano che la Corte stesse forgiando nuovi diritti costituzionali di uguaglianza razziale e di libertà nelle scelte riproduttive e dunque che stesse sovvertendo la legalità. Allora alcuni dei liberali che approvarono la direzione della Corte si spostarono dal positivismo verso una diversa concezione della legalità che sottolineava l'integrità basata sui principi dell'assetto costituzionale americano. Negli ultimi decenni, i giudici più conservatori della Corte Suprema hanno architettato un

ulteriore cambio di valenza: le loro posizioni gli richiedono sempre più di ignorare gran parte dei precedenti della Corte Suprema, ed essi perciò trovano una giustificazione migliore nel principio politico conservatore che in ogni versione ortodossa di positivismo giuridico.

Quando Hart scrisse "Il concetto di diritto" non avrebbe potuto più fondarsi, come ancora Bentham e Holmes, sul richiamo alla teoria positivistica della legalità. La descrizione di Hart dell'efficienza positivistica è una «storia "ad hoc"» da un passato immaginario: una presunta transazione preistorica dal caos dell'inefficienza tribale della regola primaria alla nuova autorità delle regole secondarie abbracciate in un'esplosione di consenso liberante e quasi-uniforme.

Quelli che hanno seguito la sua guida hanno continuato a scrivere sull'autorità, l'efficienza e la coordinazione. Ma non hanno potuto trovare conferma delle loro tesi nella prassi politica effettiva, e ciò può spiegare perché hanno ripiegato, come Hart, su autodescrizioni che sembrano isolare le loro teorie da quella prassi. Dicono di essere impegnati a sondare il concetto o la natura stessa del diritto, che rimane lo stesso nonostante le mutevoli caratteristiche della prassi o della struttura politica, o che, in ogni caso, offrono soltanto una teoria descrittiva di cosa sia quella prassi, a prescindere da ogni giudizio su ciò che dovrebbe essere o diventare. Questo è il camuffamento ideologico che ho sfidato in questo saggio. Se, come ho sostenuto, l'autodescrizione non può essere resa intelligibile e difendibile, allora dobbiamo concentrarci sulla giustificazione più comprensibile che ho cercato di sostituire ad essa: quella sostantiva, positivistica del valore della legalità che ho ora descritto. Credo sia una virtù di questa descrizione portare in superficie il richiamo esercitato in passato dal positivismo, quando la sua concezione della legalità sembrava più plausibile di adesso, per i giudici, i giuristi e gli studiosi delle aree sostantive del diritto.

- "Pensieri conclusivi".

Ho sottolineato le similarità fra il concetto di legalità - come fondazione della filosofia del diritto - e altri concetti

politici, e chiuderò facendo notare un'importante differenza. La legalità nelle sue applicazioni è sensibile in un grado molto maggiore della libertà, dell'uguaglianza o della democrazia alla storia e alle prassi consolidate della comunità che mira a rispettarne il valore, perché una comunità politica dispiega la legalità, fra altre esigenze, tenendo fede in certi modi al proprio passato. E' fondamentale per la legalità che le decisioni esecutive di un governo siano guidate e giustificate da standard già al lavoro, piuttosto che da standard nuovi creati "ex post facto", e tali standard debbono includere non solo leggi sostantive, ma anche gli standard istituzionali che conferiscono ai vari funzionari l'autorità di creare, applicare e giudicare tali standard in futuro. La rivoluzione può essere coerente con la libertà, l'uguaglianza e la democrazia. Può essere necessaria, e spesso lo è stata, al fine di conseguire un livello decente di quei valori. Ma la rivoluzione, anche quando promette di incrementare la legalità in futuro, quasi sempre comporta un immediato attacco ad essa.

Così anche una descrizione poco particolareggiata di cosa richieda la legalità nei termini concreti in una qualche particolare giurisdizione deve stare molto attenta alla storia e alle speciali prassi istituzionali di tale giurisdizione, e anche una descrizione poco particolareggiata di cosa essa richieda in un luogo sarà differente, e forse molto differente, da una descrizione comparata di cosa essa richieda altrove. (Discutere e decidere su queste concrete esigenze in una comunità particolare è il lavoro quotidiano dei legali di quella comunità, ad un livello, e dei suoi giuristi accademici, all'altro.) Questo è vero anche, in una misura più limitata, per altre virtù politiche: le concrete organizzazioni istituzionali che incrementano la democrazia, che fanno avanzare l'uguaglianza, o che proteggono meglio la libertà in un paese con una certa demografia e storia politica possono essere differenti da quelle che operano in modo analogo in un altro.

Ma, sebbene la legalità sia evidentemente anche più sensibile, nel dettaglio, alle speciali caratteristiche della prassi e della storia politica rispetto a queste altre virtù, da ciò non segue, per la legalità più che per le altre, che non si possa o non si debba far niente di rilevante per chiarire questo valore a un livello filosofico che trascenda i molti particolari del luogo.

Così come possiamo indagare il concetto generale di democrazia sviluppando un'attraente concezione astratta di questo concetto, allo stesso modo possiamo mirare a una concezione della legalità di simile astrazione, e poi cercare di vedere cosa ne consegue, tramite concrete proposizioni del diritto, a livello locale. Non c'è alcuna chiara differenza concettuale o logica del tipo di quella voluta dagli archimedei fra la "jurisprudence" così concepita e le preoccupazioni più ordinarie e quotidiane degli avvocati e degli studiosi del diritto che ho appena ricordato. Ma c'è nondimeno una differenza sufficiente nel livello di astrazione e nelle competenze rilevanti a spiegare perché le questioni filosofiche sembrano differenti da quelle più concrete, e sono normalmente nelle mani di persone con una formazione alquanto diversa.

Ogni tentativo fatto in direzione di una concezione ecumenica della legalità si trova di fronte a spinte provenienti da due direzioni. Deve tendere a un contenuto sufficiente per evitare la vacuità ma anche a un'astrazione sufficiente per evitare il provincialismo (29). Ho cercato di seguire la giusta rotta fra questi due pericoli nell'"Impero del diritto": ho detto che la legalità è meglio servita da un processo di interpretazione costruttiva fra le righe e rispondente alle due dimensioni citate sopra. Le mie concezioni sono state tanto polemiche da far pensare di esser riuscito a evitare la vacuità, mentre non è chiaro quanto abbia evitato il provincialismo. E' un'obiezione frequente fra i critici britannici che il mio progetto è provinciale nell'ispirazione (non mira che a spiegare la prassi giuridica del mio paese), oppure ovviamente nel risultato perché in certo modo possiamo vedere, senza ulteriore riflessione e ricerca, che si accorda unicamente con quella prassi giuridica (30). In realtà, la mia teoria punta a una generalità molto grande, e quanto riesca in tale scopo può essere valutato solo da un esercizio d'interpretazione giuridica comparativa molto più accurato di quello intrapreso da questi critici. Ho detto prima, nel discutere gli altri valori politici, che non possiamo dire in anticipo quanto riusciremo a trovarne concezioni plausibili che li riconcilino l'uno con l'altro piuttosto che lasciarli in conflitto, come spesso sono stati considerati. Dobbiamo fare del nostro meglio, e vedere allora fino a che punto siamo riusciti. La stessa prospettiva dobbiamo

assumerla per la diversa questione, di quanta astrazione possa raggiungere una concezione informativa della legalità. Dobbiamo aspettare e vedere.

Ciò mi conduce a un'ultima storia. Tempo fa, parlando col professor John Gardner della Università di Oxford, dissi che pensavo che la filosofia del diritto dovesse essere interessante. Egli mi attaccò: «Non vedi?», replicò, «Ecco il tuo problema». Sono colpevole, ma lasciatemi spiegare cosa intendo con «interessante». Credo che la filosofia del diritto dovrebbe costituire un interesse per discipline sia più, sia meno astratte di essa. Dovrebbe essere di interesse per gli altri dipartimenti di filosofia (di filosofia politica sicuramente, ma anche di altre aree) e dovrebbe essere di interesse per i giuristi e per i giudici. Molta filosofia del diritto si è in realtà dimostrata di grande interesse per i giuristi e i giudici. C'è, proprio adesso, un'esplosione di interesse per la filosofia del diritto non solo negli Stati Uniti, ma anche ad esempio in Europa, Sudafrica e Cina. Ma questa esplosione ha avuto luogo non entro corsi chiamati «jurisprudence», che temo rimangano abbastanza tediosi, ma dentro aree sostantive del diritto: sicuramente nel diritto costituzionale che è stato guidato dalla teoria per lungo tempo, ma anche nel diritto sulla colpa civile, in quello sui contratti, sui conflitti giuridici, sulla giurisdizione federale e anche, più recentemente, nel diritto tributario. Non voglio dire soltanto che questi corsi sollevino problemi teorici allo stesso modo in cui sollevano problemi pratici: sollevano esattamente i problemi che ho discusso sul contenuto della legalità e le sue implicazioni per il contenuto del diritto. Ma i filosofi del diritto che intendono il loro lavoro - sia esso descrittivo o concettuale - come distinto da quello normativo hanno, secondo il mio punto di vista, perso un'opportunità di inserirsi in questi dibattiti e queste discussioni, e in alcune università il dominio della "jurisprudence" si è ristretto di conseguenza.

In un'occasione come questa è difficile resistere a parlare direttamente ai giovani studiosi che non sono ancora entrati a far parte di uno schieramento dottrinale. Così chiudo con un appello a quelli di voi che prevedono di prendere in considerazione la filosofia del diritto. Quando lo farete, fatevi carico dei giusti oneri della filosofia, e abbandonate il mantello della neutralità. Parlate per la signora Sorenson e per tutti gli

altri il cui destino dipende da nuove affermazioni su ciò che è già il diritto. O, se non potete parlare per loro, parlate almeno a loro, e spiegate perché non hanno alcun diritto a chiedere ciò che chiedono. Parlate ai giuristi e ai giudici che debbono interrogarsi su cosa fare col nuovo "Human Rights Act". Non dite ai giudici che dovrebbero esercitare la loro discrezione come ritengono meglio. Vogliono sapere come intendere l'"Act" in quanto diritto, come decidere e su quale base quanta libertà ed uguaglianza sono state rese ora non solo ideali politici ma anche diritti giuridici. Se li aiutate, se parlate al mondo in questo modo, allora resterete più fedeli al genio e alla passione di Herbert Hart di quanto fareste seguendo le sue idee più ristrette sul carattere e i limiti della "jurisprudence" analitica. Vi avverto, comunque, che se vi applicate in questo modo sarete in grave pericolo di essere, beh, diciamo interessanti.

7. TRENT'ANNI DOPO.

- "Introduzione".

In "The Practice of Principle", il professor Jules Coleman della Yale Law School difende quella che chiama una versione di positivismo giuridico (1). Una forma classica di questa teoria del diritto sostiene che il diritto di una comunità consiste solo in quello che i suoi legislatori hanno dichiarato esser tale, cosicché è un errore supporre che una forza o un'agenzia non-positive - ad esempio, la verità morale oggettiva, Dio, lo spirito di un'epoca, la volontà diffusa del popolo, o il corso della storia - possa essere una fonte del diritto a meno che i legislatori non l'abbiano dichiarata tale.

Coleman lega la sua discussione a un ristretto contesto storico. Più di trenta anni fa ho pubblicato una critica del positivismo (3). Ho sostenuto che non è fedele alle prassi effettive di cittadini, giuristi e giudici in comunità politiche complesse: in pratica, ho detto, la gente che discute sul contenuto del diritto si basa su considerazioni morali in un modo che il positivismo non può spiegare. Coleman considera il mio articolo come un importante catalizzatore per lo sviluppo ulteriore della posizione che ho criticato. Dice che sebbene la mia sfida fosse, «in molti modi, fuorviante» (p. 67), e sebbene «nessuno oggi consideri questo argomento convincente» (p. 105) esso ha nondimeno dominato la "jurisprudence" recente perché «sono state articolate due strategie differenti e incompatibili di risposta ad esso» (p. 67), le quali hanno prodotto due versioni di positivismo, e una eccitante e illuminante competizione fra di esse.

La prima di queste è il positivismo «esclusivo», che poggia sulla tradizionale tesi positivistica che ciò che il diritto richiede o proibisce non può mai dipendere da un test di carattere

morale. Coleman nomina il professor Joseph Raz di Oxford come il maggiore sostenitore contemporaneo del positivismo esclusivo e discute a lungo le concezioni di Raz. La seconda forma di positivismo è il positivismo «inclusivo», che consente ai criteri morali di figurare nei test per l'identificazione del diritto valido, ma solo se la comunità giuridica ha adottato una convenzione che stabilisce così. Coleman appoggia questa seconda forma, e dedica buona parte del suo libro a sostenere che questa versione di positivismo inclusivo è superiore a ogni forma di positivismo esclusivo, e molto superiore alla mia alternativa, l'interpretazione non-positivistica del diritto.

Il libro di Coleman è chiaro, filosoficamente ambizioso e densamente argomentato. Offre perciò un'occasione utile per indagare lo stato del positivismo giuridico tre decenni dopo la sfida che considera catalizzatrice. Una delle seguenti formulazioni del positivismo giuridico è riuscita a riconciliare questa teoria con la prassi giuridica effettiva? E in tal caso quale formulazione ha più successo? Sosterrò che gli argomenti che Coleman avanza, e quelli che attribuisce ad altri positivisti, non hanno successo. Il positivismo esclusivo, almeno nella versione di Raz, è un dogma tolemaico: impiega concezioni artificiali del diritto e dell'autorità il cui solo scopo sembra essere quello di tenere in vita il positivismo a ogni costo. Il positivismo inclusivo è ancora peggio: non è affatto positivismo, ma solo il tentativo di conservare il nome di «positivismo» per una concezione del diritto e della prassi giuridica che è completamente estranea al positivismo. Se ho ragione in questi severi giudizi, sorge una questione ulteriore. Perché i positivisti giuridici sono così ansiosi di difendere il positivismo quando non sono in grado di trovare argomenti di successo a suo favore? Proporrò più oltre ciò che credo essere almeno una parte della risposta: i positivisti sono attratti verso la loro concezione del diritto non per il suo fascino intrinseco, ma perché ciò consente loro di trattare la filosofia del diritto come una disciplina autonoma, analitica e autosufficiente.

- "Il positivismo pickwickiano".

Coleman sostiene che la sua versione di positivismo giuridico fornisce un'interpretazione del diritto migliore della mia teoria, ed è quindi problematico che la sua concezione effettiva sia così sorprendentemente simile alla mia. E' infatti difficile vedere una vera differenza (3). Ho detto che il contenuto del diritto non è stabilito da un comportamento e una convinzione uniformi di giudici e giuristi, ma è spesso anche per essi controverso; che, quando i giuristi sono in disaccordo fra loro sul diritto, qualche volta difendono le loro posizioni divergenti e cercano di risolvere il loro disaccordo appellandosi a considerazioni morali; e che quando il disaccordo è particolarmente profondo, queste considerazioni morali possono includere tesi sulla migliore interpretazione del senso e dello scopo della prassi del diritto come un tutto (4).

Si guardi la formulazione di Coleman. La struttura della prassi giuridica, dice,

"è creata e sostenuta dal comportamento dei partecipanti, ma non lo è il contenuto delle regole che costituiscono la prassi. Le regole sono il risultato di continue negoziazioni. Così può bene esserci un disaccordo sul loro contenuto: un disaccordo, per giunta, che è sostantivo e importante, e che, data la struttura, potrebbe essere risolto da un appello all'argomentazione morale sostantiva su come si dovrebbe procedere, e che può suscitare una discussione sul senso della prassi" (p. 99).

Perciò «non è sorprendente che nel risolvere tali dispute, le parti presentino concezioni in conflitto della prassi a cui esse congiuntamente partecipano, concezioni che si richiamano a differenti idee del senso e della funzione di essa. Così facendo, possono formulare argomenti morali sostantivi» (p.p. 157-58).

Questo non sembra positivismo: sembrano Ercole e i suoi colleghi al lavoro (5). Ma Coleman nonostante tutto ribadisce che la sua teoria del diritto è molto differente dalla mia e che la sua è una versione di positivismo giuridico, per una sola ragione su cui egli fonda l'intero caso. Il cuore del positivismo, dice, è la tesi che i criteri per il diritto «sono e devono essere» questioni di convenzione, e la differenza tra di noi è che nella sua concezione, ma non nella mia, la prassi giuridica che

descriviamo in modi simili è una prassi interamente convenzionale (p. 100). Ovviamente, se Coleman avesse sostenuto semplicemente che interpretazioni diffuse e incontestate fra giuristi e giudici svolgono un ruolo importante negli usuali sistemi giuridici (che, ad esempio, il sistema giuridico americano non funzionerebbe come effettivamente fa se i giuristi americani non fossero d'accordo che i dettami della Costituzione sono parte del diritto americano), la sua tesi non sarebbe controversa; né io o qualcun altro teorico del diritto saremmo in disaccordo. Se avesse aggiunto solo che queste interpretazioni diffuse costituissero delle convenzioni, la sua tesi sarebbe stata più controversa ma non sorprendente. La sua posizione è rilevante perché poggia sulla tesi più forte che i criteri del diritto sono esauriti dalle convenzioni: che il ragionamento giuridico valido consiste "soltanto" dell'applicazione di speciali convenzioni giuridiche a particolari circostanze fattuali. Se fosse in grado di sostenere questa tesi più forte allora avrebbe mostrato un'importante differenza fra le nostre posizioni, e sarebbe anzi autorizzato a descrivere la sua concezione come positivista.

Coleman segue principalmente l'influente versione di Hart del positivismo. Hart ha sostenuto che ogni sistema giuridico dipende necessariamente da una regola fondamentale, o «norma di riconoscimento» per identificare ogni proposizione valida del diritto. Questa regola esiste solo perché è accettata (almeno dai funzionari) per convenzione (6). Se questa tesi è corretta allora il positivismo è confermato, perché le convenzioni giuridiche sono formate dal comportamento e dagli atteggiamenti complessi dei funzionari e degli altri partecipanti al processo giuridico, e da niente altro. Ma per questa stessa ragione, la tesi di Coleman che il diritto si basi su una convenzione sembra in conflitto con la sua ammissione che i giudici e i giuristi sono spesso in disaccordo su cosa è il diritto in modi che riflettono il disaccordo morale, incluso il disaccordo sul senso stesso delle istituzioni giuridiche. La convenzione è costruita sul consenso, non sul disaccordo. I filosofi spesso usano, come esempio di convenzione, la decisione che le persone devono guidare dal lato destro della strada. Questa convenzione esiste, dove esiste, perché quasi ognuno guida a destra, protesta quando qualcuno guida a

sinistra, e suppone che è una parte essenziale della ragione di guidare a destra e di protestare quando la gente non lo fa il fatto che quasi ognuno guidi a destra e protesti rimozioni quando gli altri non lo fanno. Quando un gruppo di persone è in disaccordo su quale comportamento è richiesto o appropriato, sembra strano dire che hanno una convenzione che regola la materia. Si supponga che in una comunità dove la gente guida a destra, non ci sia accordo sul fatto se i conducenti possano usare la corsia sinistra per sorpassare. Alcuni guidatori lo fanno. Ma altri non lo fanno: aspettano fino a che non compare una terza corsia per quello scopo, e criticano quelli che usano la corsia sinistra come se guidassero in maniera sbagliata. In una tale comunità, almeno secondo le concezioni generalmente accettate, non c'è alcuna convenzione sull'etichetta che regola il sorpasso. Coleman tuttavia ribadisce che i giudici stanno seguendo una convenzione su come identificare cosa richiede il diritto anche quando sono in disaccordo su cosa esso richiede. Così si trova di fronte al problema di spiegare come ciò sia possibile.

Cercando di risolvere questo problema, Coleman usa quelle che ritengo due strategie distinte (sebbene non enfatizzi e nemmeno sembri riconoscere le differenze fra di esse). La prima dipende da una distinzione fra due tipi di disaccordo che le parti potrebbero scoprire di avere su una presunta convenzione. Potrebbero scoprire di essere in disaccordo sul contenuto della convenzione, cioè, su quali sono effettivamente le regole di quella convenzione. Oppure potrebbero trovare che sebbene siano d'accordo su quali sono le regole, non lo sono sul fatto se una particolare regola si applica in un particolare caso, il che vuoi dire che sono in disaccordo sull'applicazione della convenzione. Coleman ammette, nel portare avanti questa strategia, che se i giudici sono sistematicamente in disaccordo sul contenuto delle regole da seguire per identificare il diritto, allora deve cadere la sua tesi che il diritto si basa necessariamente sulla convenzione, perché quel tipo di disaccordo mostra che non esiste alcuna convenzione. Dice che se dobbiamo intendere disaccordi giudiziari profondi sul modo di identificare il diritto come disaccordi sul contenuto, «dovremmo certamente concedere a Dworkin la sua conclusione che la regola di riconoscimento debba essere una

regola 'normativa' e non una regola sociale» (p. 117). Ma ribadisce che il disaccordo giudiziario, anche quando ha una dimensione morale, è sempre una questione di applicazione, non di contenuto.

In alcuni casi la distinzione fra contenuto e applicazione è abbastanza chiara e siamo sicuramente in grado di descrivere un disaccordo come un disaccordo di applicazione. Se i giudici sono d'accordo che debbono terminare le delibere quotidiane alle 7 del pomeriggio, ma sono in disaccordo su che ora sia, sono in disaccordo sull'applicazione piuttosto che sul contenuto della loro convenzione. Ma i disaccordi giudiziari che Coleman ha in mente sono molto differenti e potrebbe sembrare strano descrivere la maggior parte di essi soltanto come disaccordi sull'applicazione. Si supponga che i giudici di una particolare corte accettino come materia di convenzione che devono seguire le decisioni passate delle corti di grado superiore, ma sono in disaccordo sul fatto se devono seguire le proprie decisioni passate. Sembrerebbe naturale dire che non condividono alcuna convenzione sul rispetto che debbono alle loro precedenti decisioni. Potremmo comunque evitare questa conclusione e classificare, invece, il loro disaccordo come disaccordo sulla corretta applicazione di una convenzione, attraverso quella che chiamerei la strategia dell'astrazione. Potremmo ri-descrivere le loro convenzioni in termini morali astratti; potremmo dire ad esempio che essi condividono una convenzione che richiede loro di seguire il precedente in circostanze in cui farlo per loro sarebbe «giusto», «appropriato» o «desiderabile», tutto considerato. Potremmo dire allora che sono in disaccordo soltanto sulla corretta applicazione di questa convenzione più astratta: che sono in disaccordo solamente sul fatto se sarebbe effettivamente sempre giusto o desiderabile che seguano i propri precedenti. Potremmo usare questa strategia per convertire ogni disaccordo che un gruppo potrebbe avere sugli standard che dovrebbero governare la propria condotta in un presunto disaccordo sull'applicazione di una qualche convenzione morale più astratta che condividono. I conducenti di cui ho discusso, ad esempio, che sono in disaccordo sul sorpassare nell'altra corsia, sono senza dubbio d'accordo sul fatto che si dovrebbe guidare «in modo appropriato». Così possiamo dire che il loro disaccordo sul

sorpassare nell'altra corsia è solo il disaccordo sulla corretta applicazione di una convenzione - la convenzione che richiede di guidare in maniera appropriata - alla questione particolare del sorpassare nell'altra corsia. Coleman usa questa strategia dell'astrazione per difendere la sua tesi che tutto il diritto è basato sulla convenzione. Ammette, come ho detto, che i giuristi e i giudici siano spesso in disaccordo sul diritto anche quando sono d'accordo su tutti i fatti pertinenti: sono in disaccordo, ad esempio, se siano valide certe leggi che discriminano gli omosessuali. Ma ribadisce che questo è soltanto un disaccordo sull'applicazione di una regola più astratta per riconoscere il diritto che tutti condividono, una regola di riconoscimento che è strutturata in termini morali. Descrive in questo modo tale regola astratta:

"[Una] regola di riconoscimento che sostenga che nessuna norma possa essere diritto "a meno che" non sia equa sembra considerare la moralità come una condizione necessaria della legalità. Una regola di riconoscimento che sostiene che certe norme sono leggi "perché" esprimono una dimensione di giustizia o di equità tratta la moralità come una condizione sufficiente della legalità.

Clausole come quella di "equal protection" del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti o provvedimenti simili nella Carta Canadese sono, plausibilmente, esempi di regole di riconoscimento che trattano certe caratteristiche della moralità di una norma come una condizione necessaria della sua legalità. Dall'altra parte, il principio che «nessuno dovrebbe trarre profitto da un proprio illecito» potrebbe essere ritenuto diritto perché esprime una dimensione di giustizia o di equità, nel qual caso il farlo sembra essere sufficiente per la sua legalità" (p. 126).

Nella concezione di Coleman, dunque, le dispute sulla corretta applicazione della clausola di "equal protection" sono dispute sull'applicazione a casi particolari di una convenzione morale astratta: che regolamentazioni inique non sono leggi valide. Coleman ribadisce che tutti i giudici della Corte Suprema accettano questa convenzione, e quando sono in disaccordo se siano valide le leggi che criminalizzano gli

omosessuali, sono meramente in disaccordo sull'applicazione della convenzione a quelle leggi. Così anche quelle parti del diritto costituzionale americano che più inducono al disaccordo morale si basano di fatto su una convenzione.

La strategia dell'astrazione di Coleman, comunque, banalizza il positivismo in almeno tre modi. Per prima cosa, dato che non c'è alcun limite su quanto sia astratta una convenzione che possiamo attribuire ai giuristi, possiamo usare la strategia di considerare ogni prassi giuridica come convenzionale, non importa quanto sembri distante dai requisiti tradizionali del positivismo. Si immagini una comunità i cui giudici siano d'accordo solamente sul fatto che essi dovrebbero decidere i casi in modo «appropriato», «desiderabile» o «equo», ma siano radicalmente in disaccordo su quali metodi di identificare il diritto si rivelino nelle decisioni appropriate, eque o desiderabili, perché sono radicalmente in disaccordo su cosa sia appropriato, desiderabile o equo. Secondo la strategia dell'astrazione, la loro prassi soddisfa il test del positivismo per un sistema giuridico, perché condividono una regola di ricognizione convenzionale -la regola morale astratta che qualsiasi cosa appropriata, equa o desiderabile sia diritto - e sono in disaccordo soltanto sull'applicazione a casi particolari di questa presunta regola convenzionale.

In secondo luogo, anche se salviamo il positivismo in questo modo, esso non può pretendere ancora di mostrare cosa è peculiare al diritto e al ragionamento giuridico, perché una volta che accettiamo questa strategia, possiamo facilmente considerare ogni prassi morale della comunità come fondata allo stesso modo su convenzioni. Sebbene gli americani siano in disaccordo su un ampio arco di questioni morali, sono quasi tutti d'accordo che la gente dovrebbe comportarsi in modo «retto», «appropriato», «giusto», così che i loro disaccordi meno astratti sono tutti disaccordi sulla corretta applicazione della loro convenzione condivisa più astratta.

In terzo luogo, la strategia svuota di contenuto l'idea stessa di convenzione. Una convenzione esiste solamente quando ciascuno agisce in un certo modo perché anche altri stanno agendo in quel modo; una convenzione fa dipendere l'appropriatezza del comportamento dal comportamento

convergente degli altri. Per questo la tesi che tutto il diritto si basi alla fine su una convenzione è una tesi positivistica. Ma è inverosimile pensare che la convenzione di un giudice riguardo al fatto che dovrebbe decidere i casi in modo «appropriato» dipenda da un comportamento convergente di altri giudici. Un giudice dovrebbe pensare che egli dovrebbe decidere in modo appropriato qualunque cosa facciano o pensino gli altri giudici. Qual è l'alternativa? Decidere impropriamente?

Forse Coleman obietterebbe che la sua strategia dell'astrazione non gli richiede di attribuire convenzioni astratte ai giuristi e ai giudici come quelle che ho appena immaginato. Ma appena fa il primo passo sulla scala dell'astrazione (una volta che dichiara che una particolare disputa sugli standard appropriati per identificare il diritto è effettivamente una disputa sulla applicazione corretta di una convenzione più astratta) non ha nessun modo di limitare il grado di astrazione che la strategia potrebbe usare. In ogni caso, deve abbracciare un livello di astrazione maggiore di quello che sembra riconoscere anche per mostrare che i sistemi giuridici più familiari, quello americano compreso, effettivamente si basano solamente sulla convenzione. Il suo passo appena citato suggerisce che i giudici americani sono d'accordo, come una questione di convenzione, che la clausola di "equal protection" e gli altri provvedimenti della Costituzione facciano dipendere la validità di particolari leggi da test morali, e sono in disaccordo soltanto su cosa questi test effettivamente richiedano. Ma questo non è certamente vero. Al contrario, la proposizione che la clausola di "equal protection" fa dipendere il diritto dalla morale è essa stessa profondamente controversa. Molti giuristi, compresi alcuni giudici della Corte Suprema, ribadiscono che è vero, mentre altri, compresi altri giudici della Corte Suprema, lo negano con veemenza. Molti di questi ultimi ribadiscono che la clausola rende il diritto dipendente da fatti storici su ciò che gli estensori ritenevano iniquo, su ciò che gli americani generalmente ritengono iniquo, o su qualcosa del genere. Se Coleman cercasse di formulare una convenzione giuridica principale che si accorda con le concezioni sostanzialmente di tutti i giuristi e giudici americani su come dovrebbero essere interpretate le clausole morali astratte della Costituzione, non

potrebbe basarsi che su qualcosa di debole come la «convenzione» da me immaginata che i giudici dovrebbero interpretare la Costituzione nella maniera «appropriata»: cioè nella maniera che viene giustificata dalla migliore teoria politica. Anche questa presunta convenzione non sarebbe sufficientemente astratta da cogliere, comunque, tutta la prassi giuridica americana, perché la maggior parte delle dispute di morale politica su come identificare il diritto americano valido non si basano affatto in modo sostanziale sul testo della Costituzione (7).

La seconda strategia di Coleman, per come l'ho intesa, non dipende da una distinzione fra il contenuto e l'applicazione di una convenzione, e perciò non richiede una strategia dell'astrazione. Egli sostiene invece che l'iniziativa giudiziaria, in ogni comunità che abbia un diritto, sia "essa stessa" un tipo di convenzione; il diritto, cioè, si basa sulla convenzione, non perché tutti i funzionari accettano una fondamentale regola di riconoscimento, ma perché tutti i funzionari accettano che la loro iniziativa è sostanzialmente un'iniziativa cooperativa. Egli usa il concetto di «un'attività cooperativa condivisa» ["shared cooperative activity"] (SCA), ripreso dal professor Michael Bratman (8). Coleman descrive una SCA come «qualcosa che facciamo insieme: fare insieme una passeggiata, costruire insieme una casa, cantare insieme un duetto sono tutti esempi di SCA» (p. 96). Tali attività comuni mostrano tre caratteristiche peculiari: disponibilità reciproca (ogni partecipante è «disponibile alle intenzioni e azioni degli altri»); impegno all'attività associata («ogni partecipante ha un impegno appropriato - sebbene forse per ragioni differenti - all'attività associata»); e impegno all'aiuto reciproco (ognuno «è tenuto a sostenere gli sforzi degli altri per svolgere il suo ruolo nell'attività associata») (p. 96). Coleman sostiene che l'attività dei funzionari in ogni sistema giuridico possa essere vista come costituente una SCA con queste caratteristiche. «I funzionari - dice - possono essere e sono in disaccordo sul "contenuto" dei criteri della legalità [... e credere] che tali dispute siano risolvibili attraverso un argomento morale sostantivo» (p. 158) (9). Tuttavia, questo disaccordo «è perfettamente compatibile con la regola di riconoscimento che regola una prassi sociale convenzionale, e così con la regola di

riconoscimento come regola convenzionale» perché «il senso in cui la SCA è convenzionale è chiaro. La sua esistenza non dipende dagli argomenti offerti a sua difesa, quanto piuttosto dal suo essere praticata: dal fatto che gli individui mostrino gli atteggiamenti costitutivi di intenzioni condivise» (p. 158).

Coleman crede che queste due affermazioni - che una SCA sia necessariamente radicata nella convenzione e che la prassi giuridica costituisca necessariamente una SCA - mettano elegantemente insieme tutti i differenti argomenti che ha svolto a favore del positivismo inclusivo nell'arco di molti anni (p. 99). Ma ognuna di queste affermazioni è sorprendentemente mal riuscita. Per prima cosa, gli esempi che Coleman cita di attività che mostrano le caratteristiche attribuite alle SCA, come fare una passeggiata o costruire insieme una casa, non hanno in alcun modo bisogno di costituire o implicare convenzioni. Due persone che camminano insieme potrebbero trovare utile adottare o osservare convenzioni (ad esempio, su chi cammina prima attraverso uno stretto passaggio in un sentiero nella foresta) ma non ne hanno bisogno, e se non lo fanno non segue che non sono impegnati nell'attività, che non mostrano sensibilità alle intenzioni dell'altro, che non sono impegnati nel progetto, o che non si sostengono l'un l'altro se necessario. Essi hanno invece bisogno di comunicare l'uno con l'altro, e aggiustare costantemente il loro comportamento alla luce di ciò che fa l'altro. Ma non è necessario che la convenzione svolga alcuna parte in questo processo. Ad ogni modo, l'attività congiunta può certamente andare avanti senza essere fondata in qualche convenzione fondamentale e regolante analoga a quella che sarebbe necessaria per sostenere una descrizione convenzionalistica dell'atto, diciamo, di costruire insieme una casa. Ogni parte di un'attività cooperativa condivisa può giudicare da sé cosa è per essa appropriato fare in ogni momento, in relazione a ciò che stanno facendo gli altri, e senza alcuna guida da parte di una convenzione costituita dal comportamento passato e atteso di altre persone.

In secondo luogo, si può difficilmente sostenere che sia una necessità concettuale che gli attori nel processo giuridico di qualsivoglia paese manifestino l'insieme di atteggiamenti che Coleman elenca come definenti una SCA. Dice che «è una

verità concettuale sul diritto che i funzionari debbano coordinare il loro comportamento gli uni con gli altri in modi vari che siano rispondenti alle intenzioni e azioni degli altri» (p. 98). Ma questa descrizione eccessivamente astratta si accorda con quasi ogni forma di vita sociale: persone che si ritengono morali accettano di dover coordinare il loro comportamento con altri «in vari modi» anche se sono in disaccordo su cosa effettivamente richieda questo impegno astratto. Le condizioni di Bratman, come mostra il suo articolo, richiedono molto di più tramite una cooperazione concreta, ed è un problema empirico se i funzionari giuridici di ogni comunità rispettino queste condizioni più esigenti: se i giudici, ad esempio, condividano anche ambizioni più concrete e quanto ognuno sia impegnato a sostenere piuttosto che a boicottare gli sforzi degli altri. Alcuni giudici americani sperano di rovesciare decenni di diritto costituzionale aumentando il potere degli Stati contro il governo nazionale, mentre altri si impegnano a fare tutto quello che possono per opporsi a questo cambiamento. Alcuni giuristi sperano di rendere il diritto uno strumento più efficiente per assicurare la prosperità nazionale, mentre altri, che rifiutano interamente questa ambizione, sperano invece di utilizzare il diritto per alleviare una grande povertà. I giudici americani sono più divisi che uniti da queste ambizioni. Fanno le loro passeggiate e costruiscono le loro case da soli o in partiti, non tutti insieme.

Gli sforzi energici di Coleman per mostrare che i sistemi giuridici debbano basarsi su una convenzione organizzativa fondamentale, come una questione di necessità concettuale sono vani. Dovrei, comunque, menzionare almeno un altro argomento filosofico che propone riguardo alla relazione fra una convenzione e le regole che essa «fissa» (p. 81). Questo ulteriore argomento potrebbe essere ritenuto un sostegno alla sua tesi della convenzione, ma in realtà mette in discussione quella tesi. Egli mi accusa dell'«errata» idea «che la convergenza del comportamento [che costituisce una convenzione] "determini completamente il contenuto" della regola» che è fissata dalla convenzione (p. 79 n. 10). Non riesce, tuttavia, a distinguere due tesi differenti, una è quella che ho effettivamente proposto, mentre l'altra è sbagliata.

Potremmo pensare, come faccio io, che una comunità non abbia una regola convenzionale che richiede un comportamento specifico a meno che la maggior parte delle persone nella comunità non esibiscano quel comportamento: che non ci sia alcuna convenzione che fissa una regola che proibisce, ad esempio, di passare dalla corsia sinistra di una strada a doppia corsia, quando metà della popolazione pensa che non ci sia niente di sbagliato nel passare da quella parte e lo faccia apertamente, tranquillamente e senza alcun rimorso. Questa è la tesi di cui ho bisogno per sostenere la mia concezione che se i giudici sono fondamentalmente in disaccordo sui criteri per identificare il diritto valido, allora non condividono una convenzione che fissi dei criteri per identificare il diritto valido. Oppure potremmo pensare, come io non faccio, che per una convenzione è sufficiente fissare una particolare regola che c'è un comportamento convergente conforme a quella regola.

L'argomento che Coleman propone per dimostrare il mio errore, che egli riprende da Wittgenstein, mostra solo che la seconda di queste tesi è sbagliata. Si supponga che i giudici di una comunità particolare abbiano deciso ogni caso di diritto civile in favore della parte più anziana fra quelle presenti e abbiano portato sempre a loro giustificazione il fatto che il vincitore è la parte più anziana. Non potremmo concludere che tutti questi giudici stiano seguendo una regola che richiede loro di decidere sempre a favore della parte più anziana. Forse (per riprendere il suggerimento di Wittgenstein) metà di loro stanno seguendo questa regola e l'altra metà una regola differente che richiede loro di decidere in favore della parte più anziana qualora il caso sia discusso prima del 31 dicembre 2004, e di decidere in favore della parte più giovane qualora il caso sia discusso dopo. Così, nel nostro caso, per pensare che un gruppo di giudici condivida una regola convenzionale su come identificare il diritto, «[essi] devono tendere ad essere d'accordo [...] su quale comportamento futuro sia conforme alla regola e su quale non lo sia» (p. 80) (10). Coleman aggiunge che i giudici possono essere in certa misura in disaccordo su come formulare esattamente la regola che stanno seguendo, «specialmente se fosse loro richiesto di specificarla in tutti i dettagli, o di estenderla per coprire un novero di

difficili casi ipotetici» (p. 80). Ciò che è importante, ribadisce, è che i giudici raggiungano di fatto le stesse decisioni quando sorgono effettivamente i casi ipotetici difficili, nonostante le differenze nella formulazione della regola: «se viene seguita la stessa regola, allora i partecipanti debbono condividere un'intuizione o una interpretazione della regola che è riflessa [...] nel comportamento convergente» (p. 81). «Devono tendere ad essere d'accordo, in altre parole, su quale comportamento futuro si accorderà con la regola e su quale non lo farà» (p. 80). Questi commenti sembrano concedere ciò che Coleman si sforza in seguito di rifiutare: che condividere una regola richiede, come minimo, di condividere un'interpretazione di cosa la regola richieda effettivamente e concretamente in situazioni fattuali pienamente specificate.

Per riassumere: la versione del positivismo giuridico di Coleman è meglio rappresentata come anti-positivismo. Egli si è completamente allontanato dall'eredità filosofica che vuole difendere. Maschera la sua ritirata sostenendo di restare fedele al punto cardine del positivismo: che il diritto è sempre una questione di convenzione. Ma il suo uso della convenzione ricerca la vittoria attraverso la resa. La sua prima strategia banalizza l'idea di una convenzione e la rende praticamente e teoricamente inutile. La sua seconda strategia, che spera di convertire la cooperazione in convenzione, fallisce perché la cooperazione non ha bisogno di dipendere dalla convenzione, e perché un sistema giuridico non ha bisogno, come questione di necessità concettuale, di dipendere da una piena cooperazione. Non abbiamo fatto alcun progresso nel comprendere la persistenza dei seguaci del positivismo: nel comprendere, ad esempio, perché Coleman sia tanto ansioso di sbandierare il vessillo del positivismo da essere disposto per farlo ad abbandonare ogni articolo del credo positivistico.

- "Il positivismo tolemaico".

Il mio scopo in questo saggio è di valutare gli argomenti che i positivisti giuridici hanno proposto negli ultimi trent'anni per difendere la loro posizione. Devo perciò discutere la

strategia difensiva che Coleman ritiene la principale concezione rivale della propria. Chiama questa strategia positivismo «esclusivo» e nomina Joseph Raz come la sua principale incarnazione. Il positivismo esclusivo sostiene che test o considerazioni morali non possono rappresentare criteri per identificare le proposizioni vere del diritto. L'argomento di Raz a sostegno di questa ardita proposizione è complesso; tenterò di spiegarlo in dettaglio, ma potrebbe essere utile riassumerlo in anticipo. Egli dichiara, in primo luogo, che è parte del concetto stesso di diritto che il diritto pretenda una autorità legittima su un qualche gruppo; in secondo luogo, che questa pretesa presuppone che le direttive giuridiche siano capaci di essere dotate di autorità: e, in terzo luogo, che nessuna direttiva può essere dotata di autorità a meno che il contenuto di questa direttiva - ciò che richiede che la gente faccia - possa essere accertato senza formulare alcun giudizio morale. L'argomento, perfino in questa forma schematica, potrebbe sembrarvi strano. E' importante, praticamente e politicamente, determinare ciò che i giudici possono e debbono fare nell'esercizio della loro responsabilità per applicare il diritto, e distinguere ciò da atti e decisioni giudiziari differenti che debbono fondarsi su un tipo di giustificazione diverso e più controverso. Sarebbe bizzarro ai fini di una distinzione pratica così importante elaborare un'analisi astratta del concetto di autorità.

In realtà, ogni passo nell'argomento che ho riassunto è altamente problematico. Il problema inizia con una personificazione iniziale: «Presupporrò - dice Raz - che necessariamente il diritto, ogni sistema giuridico che è in vigore in qualche luogo, abbia "de facto" autorità.

Ciò implica sia che il diritto pretenda di possedere una autorità legittima, sia che sia ritenuto possederla, o entrambe le cose insieme» (11). Cosa può significare il dire che «il diritto» pretende un'autorità legittima? Questo tipo di personificazione è spesso usato in filosofia come un modo stenografico di affermare il significato o il contenuto di una classe di proposizioni. Un filosofo potrebbe dire, ad esempio, che la morale pretende di imporre richieste categoriche, o che la fisica pretende di rivelare la struttura nascosta dell'universo fisico. Egli vuoi dire che nessuna proposizione è una vera

proposizione della morale a meno che non riporti accuratamente richieste categoriche (e non solo ipotetiche), o che nessuna proposizione è una vera proposizione della fisica a meno che non riporti correttamente la struttura fisica. Se leggiamo la personificazione di Raz in questo modo comune, lo interpretiamo come se volesse dire che nessuna proposizione del diritto è vera a meno che non riporti con successo un esercizio di autorità legittima. Ma questo implicherebbe non che la morale non possa essere un test per il diritto, come sostiene Raz, ma che essa "deve" essere un test per il diritto, perché, come egli riconosce, nessun esercizio dell'autorità è legittimo «se sono assenti le condizioni morali o normative affinché le direttive di qualcuno siano dotate di autorità» (12).

E' difficile trovare una lettura alternativa sensata della personificazione di Raz. Qualche volta suggerisce che quando dice che «il diritto» pretende un'autorità legittima vuoi dire che i funzionari giuridici pretendono quell'autorità; i funzionari giuridici lo fanno quando ribadiscono che hanno «diritto» di imporre obbligazioni sui cittadini e che questi cittadini «debbono loro fedeltà» e «debbono obbedire al diritto» (13). Una cosa è supporre che i funzionari giuridici manifestino spesso tali pretese; un'altra è supporre che se non manifestino tali pretese non ci sia di necessità alcun diritto. In realtà, molti funzionari non lo fanno. Oliver Wendell Holmes, ad esempio, riteneva una confusione la stessa idea di obbligo morale. Non pensava che le leggi giuridiche rimpiazzassero le ragioni comuni che le persone hanno per agire con qualche direttiva preponderante che impone un obbligo, ma piuttosto che queste leggi aggiungono nuove ragioni a quelle comuni rendendo più oneroso il costo dell'agire in certi modi. Se una comunità ha il diritto non dipende da quanti funzionari giuridici di essa condividono le concezioni di Holmes. Così non possiamo attribuire un senso alla fondamentale personificazione di Raz supponendo che essa si riferisca alle credenze o agli atteggiamenti effettivi dei funzionari. E' vero che egli offre un'alternativa: è sufficiente, dice nel passo che ho citato prima, che il diritto sia «ritenuto possedere» un'autorità legittima. Vuol dire, presumibilmente, che è sufficiente che quasi tutti i cittadini pensino che il loro diritto possieda quell'autorità. Ma anche questo non sembra essere necessario. Si supponga che i

cittadini, come i funzionari, sottoscrivano la concezione di Holmes. Viene allora meno il diritto, per rinascere ancora solo quando ha la meglio una "jurisprudence" differente e migliore? Non è più sensato dire che Holmes avesse torto e che se avesse convertito tutti alla sua concezione allora tutti avrebbero avuto torto? Che il diritto americano imponga, in generale, obblighi morali di obbedienza ai suoi cittadini, sia che essi lo pensino sia che non lo pensino?

Così rimane misterioso come dovremmo decostruire l'espressione di Raz. Ma si supponga che si assuma, per amore dell'argomento, che intenda formulare l'asserzione empirica che ogni funzionario giuridico creda che le leggi che applica creino obblighi morali, e si assuma inoltre che questa asserzione sia vera. Ora si consideri il secondo passo di Raz. Egli fa notare che le pretese dei funzionari non sarebbero sensate a meno che le leggi che hanno creato non fossero capaci di autorità legittima, e conclude che niente è diritto a meno che non sia capace di autorità legittima. Ci sono almeno due punti deboli in questa conclusione. In primo luogo, non segue dal fatto che alcune leggi abbiano un'autorità legittima (che è tutto ciò che dobbiamo assumere per supporre che le pretese dei funzionari siano sensate) che non vi è legge a meno che essa non sia capace di una tale autorità. I legislatori i quali ribadiscono che tutte le leggi che essi creano impongono obblighi morali possono non credere che tutte le leggi lo facciano, o anche che tutte le leggi siano ovunque capaci di farlo. Possono pensare, anche solo come questione concettuale, che essi creerebbero diritto se approvassero una legge dichiarante che le maree debbono cessare di fluire e rifluire, sebbene questa legge fosse tanto stupida da non potere creare sicuramente alcun obbligo morale.

In secondo luogo, anche se tutti i funzionari credono che le leggi debbono necessariamente essere capaci di imporre obblighi morali e quindi capaci di legittima autorità, questa opinione può comportare semplicemente che sono in errore sul concetto che impiegano. La gente spesso formula affermazioni sincere che si basano su confusioni concettuali. Molte persone credono, ad esempio, che anche la tassazione giustificata comprometta necessariamente la libertà dei contribuenti. Secondo la mia concezione, tali persone stanno facendo un

errore concettuale: non comprendono la natura delle loro affermazioni perché fraintendono la libertà (14). Anche se praticamente tutti facessero quest'affermazione, non seguirebbe che le tasse necessariamente o intrinsecamente compromettono la libertà. Raz dice, ottimisticamente, che i funzionari non possono confondersi «sistematicamente» sul concetto di autorità perché «data la centralità delle istituzioni giuridiche nelle nostre strutture di autorità, le loro affermazioni e le loro concezioni sono formate dal nostro concetto di autorità, e contribuiscono ad esso» (15). Ma può non esserci alcuna concezione dell'autorità che conti come la «nostra» concezione. Così come persone differenti anche dentro una singola comunità possono sostenere concezioni differenti della libertà, possono sostenere concezioni differenti dell'autorità. Perfino gruppi estesi di persone possono sostenere concezioni sbagliate (16). Come si vedrà presto, la concezione dell'autorità di Raz è eccentrica. Anche se ha ragione a dire che è la concezione migliore, o l'unica che i giuristi dovrebbero adottare, non segue (e non è chiaramente vero) che sia l'unica che tutti hanno già adottato.

Si supponga che si conceda, ancora una volta per amore dell'argomento, che Raz abbia ragione a dire che il diritto deve necessariamente essere «capace» di formare un'autorità legittima. Questo sembrerebbe voler dire, almeno a prima vista, che niente è diritto a meno che non soddisfi tutte le condizioni necessarie per avere autorità legittima. Raz crede che ci siano diverse condizioni di questo tipo. Alcune di queste sono condizioni morali: se un sistema giuridico «è privo degli attributi morali richiesti per dotarlo di autorità legittima allora non ne ha alcuna» (17). Raz sarebbe probabilmente d'accordo, allora, che un diritto presunto non ha alcuna autorità legittima se esso ordina ciò che è moralmente malvagio, e se è emesso da un potere illegittimo come un dittatore usurpatore. Altre condizioni di autorità legittima sono non-morali. Raz ci ricorda che niente può esercitare un'autorità legittima, se, come un albero, non può comunicare con gli altri. Raz ritiene un'altra condizione non-morale dell'acquisizione da parte del diritto di autorità legittima il fatto che il suo contenuto possa essere identificato senza un giudizio o ragionamento morale. (Questo è il terzo passo fondamentale dell'argomentazione che ho

riassunto prima e vi torneremo presto.) Le condizioni morali che Raz riconosce gli pongono un serio problema. Se accettasse ciò che sembra seguire dai suoi primi presupposti - che una legge genuina deve soddisfare tutte le condizioni necessarie dell'autorità legittima, incluse quelle morali - non potrebbe essere un positivista esclusivo. E' una questione morale se una legge sia troppo debole per essere legittima, e un positivista esclusivo non può ammettere che l'esistenza del diritto dipenda dalla risposta corretta a una questione morale.

Raz comprende questa difficoltà, perché è attento a dichiarare che l'essere «capace» di autorità legittima richiede di soddisfare tutte le condizioni non-morali di quello status ma non richiede di soddisfare alcuna condizione morale. Dice che questa distinzione è «naturale», sebbene non spieghi perché (18). Ciò salverebbe la sua argomentazione dal collassare nel diritto naturale, ma sembra non avere alcun merito indipendente. Come possiamo dire che una legge è «capace» di acquisire autorità legittima se è priva anche di una sola condizione necessaria all'autorità legittima: se non potesse assolutamente avere autorità legittima non importa quali altre condizioni fossero soddisfatte o quali altre circostanze ci fossero? Né aiuta dire che le condizioni non-morali sono di carattere concettuale a differenza delle condizioni morali. Questa distinzione è sia sbagliata sia irrilevante. E' sbagliata perché è perfettamente sensato strutturare una risposta a una questione morale pertinente come una tesi concettuale: possiamo sensatamente dire che segue dallo stesso concetto di autorità legittima che una legge malvagia non possa avere autorità legittima. La distinzione è ad ogni caso irrilevante perché la tesi cruciale di Raz, a questo punto della sua argomentazione, riguarda la capacità, non i concetti. Assume che sia una verità concettuale che il diritto debba essere capace di autorità legittima, e il problema ora è solo cosa sia necessario a questa capacità. Ciò può essere diviso in due questioni: cosa è necessario all'autorità? Cosa è necessario alla legittimità? Raz sostiene che dobbiamo usare il nostro concetto di autorità per determinare le condizioni necessarie dell'autorità (19). Ma allora perché non dovremmo usare le nostre idee sulla legittimità per decidere quali sono le condizioni necessarie della legittimità? Se accettiamo la tesi di

Raz che il diritto debba necessariamente essere capace di autorità legittima e crediamo che il diritto non possa mai acquisire autorità legittima se è intrinsecamente malvagio, allora dobbiamo concludere che il diritto non possa essere intrinsecamente malvagio, il che significa che il positivismo è falso.

Ora dobbiamo tornare al terzo, e più importante, passo identificato nel mio sunto iniziale dell'argomentazione di Raz. Ancora una volta, dovremmo accettare le sue tesi precedenti per mettere alla prova questo terzo passo in maniera indipendente; così assumiamo adesso, come una verità concettuale, che il diritto pretenda e debba essere capace di autorità legittima, e che questo significhi soltanto che deve soddisfare le condizioni non-morali dell'autorità legittima. Raz riassume quelle che ritiene essere le due più importanti condizioni non-morali nel passo seguente:

"In primo luogo, una direttiva può essere autoritativamente vincolante solo se essa è, o è almeno presentata come se fosse, la concezione di qualcuno di come il soggetto di essa si dovrebbe comportare. In secondo luogo, deve essere possibile identificare la direttiva come emanata da una presunta autorità senza esser basata su ragioni o considerazioni su cui [la] direttiva intende pronunciare una sentenza" (20).

La prima di queste due condizioni è problematica. Se l'assumiamo letteralmente significa che molto poco della legislazione o della "common law" degli Stati Uniti può essere dotato di autorità. Una legge ordinaria è un compromesso fra le concezioni di numerosi e differenti legislatori e altri influenti attori del processo politico, come industrie, lobbisti e gruppi di cittadini. Raramente rappresenta, o è anche intesa come se rappresentasse, i punti di vista di un singolo legislatore su come i cittadini «dovrebbero comportarsi». Una dottrina di diritto comune è la sedimentazione di molte decisioni precedenti. Ma né il Congresso né la "common law" hanno una mente o dei punti di vista. Così abbiamo fra le mani un'altra personificazione problematica. Potremmo tentare di togliere la personificazione in un modo innocuo, prendendola come se significasse solo che dobbiamo essere capaci di

riassumere il contenuto di ogni particolare atto del Congresso o dottrina di "common law" in un linguaggio della forma: «è il punto di vista del Congresso (o della "common law") che la gente debba comportarsi nel modo seguente: ...». Non c'è niente di più facile; aggiungiamo semplicemente questa introduzione davanti alla nostra interpretazione favorita della legge scritta o alla nostra lettura favorita della "common law". Ma questa interpretazione innocua della personificazione di Raz non coglierebbe il suo significato. Egli chiaramente dichiara che la mia teoria del diritto viola la sua prima condizione (21). Spiega che dal mio punto di vista identificare il diritto è spesso questione di trovare la migliore giustificazione per passate decisioni legislative, e poi aggiunge che «[la] migliore spiegazione, o alcuni aspetti di essa, può non essere mai stata pensata da nessuno, per non dire sostenuta» (22). Ma posso certamente affermare che la legge sostenga un principio che nessuno dei legislatori individuali aveva in mente se intendo solo che possiamo sensatamente attribuire questo principio, attraverso la giustificazione, alla legge stessa. Così Raz deve avere in mente qualcosa di meno banale nel fissare la sua prima condizione nonmorale. Ma rimane un mistero cosa potrebbe essere. I giuristi qualche volta parlano come se un potere legislativo, come istituzione, avesse una mente collettiva composta dagli stati mentali dei legislatori effettivi, combinati in un qualche modo non specificato. Ma Raz non sostiene un punto di vista così ingenuo. Sicuramente, se il positivismo esclusivo avesse ragione, allora sarei in errore nel supporre che il giudizio morale è qualche volta pertinente nel decidere cosa realmente dice una legge scritta o cosa realmente sia il «punto di vista» della "common law" (23). Ma Raz presenta la prima condizione non-morale di autorità legittima come parte della sua argomentazione a sostegno del positivismo giuridico, non come un "ukase" che presuppone la verità di questa dottrina.

La seconda delle condizioni non-morali dell'autorità proposte da Raz (che il contenuto di una direttiva dotata di autorità debba essere identificabile senza ricorso al giudizio morale) è sicuramente al centro del suo positivismo esclusivo. Questa teoria incorpora la sua teoria distinta del senso dell'autorità: l'Autorità, dice, occupa «un ruolo di mediazione

fra i precetti della morale e la loro applicazione da parte delle persone nel loro comportamento» (24). Prima dell'esercizio dell'autorità da parte di qualche autorità, le persone sono in contatto diretto, per così dire, con una varietà di ragioni morali e di altro tipo a favore e contro le azioni che potrebbero prendere in considerazione. L'autorità stessa si interpone fra le persone e le loro ragioni soppesando e bilanciando quelle stesse ragioni e poi ordinando una nuova e consolidata direttiva che rimpiazza quella moltitudine di ragioni morali e di altro tipo con un'istruzione sola ed esclusiva. Quelli che accettano l'autorità escluderanno d'ora innanzi dai loro propri calcoli le ragioni che l'autorità ha soppesato per loro come ragioni per l'azione e si baseranno solo sulla nuova direttiva dotata di autorità (25). Prima, ad esempio, che una legge sia adottata per regolare la materia, le persone possono avere una varietà di ragioni a favore e contro il portare a passeggio un leone a Piccadilly. Quando un'autorità emana una legge che proibisce questa pratica, l'autorità ha deliberato che le ragioni che qualcuno ha contro tale pratica siano più forti, in comparazione, delle ragioni che qualcuno ha a favore di essa. Accettare la deliberazione come dotata di autorità significa non riconsiderare queste varie ragioni né soppesare la presunta direttiva datata di autorità contro queste ragioni, ma semplicemente prendere la direttiva come la ragione per non portare a passeggio un leone a Piccadilly. La delibera non sarebbe dotata di autorità se le persone dovessero ancora soppesare le ragioni che hanno sempre a favore o contro il portare a passeggio dei leoni per decidere cosa diceva o intendeva dire la legge. Il diritto non avrebbe rimpiazzato quelle ragioni, ma le avrebbe lasciate piene di vigore.

Questa teoria della natura e del senso dell'autorità fa perno su un certo atteggiamento verso l'autorità. Le persone devono decidere se accettano una particolare istituzione come dotata di autorità. Potrebbero prendere questa decisione chiedendo a se stesse se, in generale, l'istituzione è messa meglio per valutare ragioni in loro conto di quanto lo siano loro per valutare quelle ragioni da se stessi. Se pensano che essa sia messa meglio, allora dovrebbero accettare l'istituzione come un'autorità esclusiva. Ovviamente, non possono porre questa domanda e prendere questa decisione in maniera retrospettiva,

chiedendo in un caso particolare se la decisione effettiva dell'autorità mostri che essa è messa meglio per valutare le ragioni pro o contro quella stessa decisione di quello che sono loro. Far questo sovvertirebbe del tutto il senso dell'autorità, perché le persone dovrebbero considerare e valutare le ragioni morali di fondo per decidere se accettare una decisione particolare come sostituto di quelle stesse ragioni di fondo. Esse debbono decidere in generale e in anticipo. Così la scelta di accettare le direttive di un'istituzione come dotate di autorità non sarebbe mai aperta, suppone Raz, se l'istituzione non accettasse la sua seconda condizione non-morale: che il contenuto di una direttiva dotata di autorità debba essere identificabile senza ricorso al giudizio morale.

Questa è una descrizione coerente del senso dell'autorità. Essa presuppone, comunque, un grado di rispetto verso l'autorità giuridica che quasi nessuno mostra nelle moderne democrazie. Nemmeno le leggi che consideriamo perfettamente valide e legittime si ritiene che possano escludere e rimpiazzare le ragioni di fondo che i loro estensori hanno giustamente considerato nell'adottarle. Dobbiamo piuttosto considerare quelle leggi come creatrici di diritti e doveri che normalmente sopravanzano queste altre ragioni. Le ragioni rimangono, e noi abbiamo qualche volta bisogno di consultarle per decidere se, in particolari circostanze, siano così straordinariamente efficaci o importanti da non far prevalere la legge. La Costituzione americana (almeno nell'opinione della maggior parte degli studiosi) consente esclusivamente al Congresso, non al Presidente quando agisce da solo, di sospendere la prescrizione dell'"habeas corpus", e gli estensori di quella clausola presero chiaramente in considerazione le ragioni che un presidente poteva avere per sospendere da solo quella prescrizione. La maggior parte di noi considera la Costituzione sia legittima sia dotata di autorità. Tuttavia, molti commentatori pensano tanto che Abraham Lincoln avesse moralmente ragione a sospendere l'"habeas corpus" durante la Guerra Civile quanto che egli avesse agito illegalmente. Raz dice che le persone che accettano l'autorità possono però ignorarla «se emerge una nuova prova improvvisa di grande importanza» (26). Ma le necessità urgenti della guerra difficilmente furono una nuova evidenza: gli

estensori, dopo tutto, combatterono essi stessi una guerra. Lincoln non aveva negato l'autorità della Costituzione prendendo la sua decisione; semplicemente aveva soppesato quella autorità contro ragioni in competizione del tipo di quelle che anche gli estensori avevano preso in considerazione e che avevano limitato la loro azione. Lincoln trovò che queste ultime fossero, considerate le circostanze, sufficientemente forti da sopravanzare le prime. Dobbiamo ora analizzare la concezione dell'autorità proposta da Raz in modo differente, non come una raccomandazione di rispetto verso l'autorità costituita che le persone sono libere di accettare o rifiutare, ma come una verità concettuale. Egli ribadisce che è parte del concetto stesso o dell'essenza stessa dell'autorità che niente possa contare come autorità se quelli presumibilmente soggetti ad essa devono impegnarsi nella riflessione morale per decidere se dover obbedire ad essa o cosa essa abbia detto. Da questa verità concettuale, date le conclusioni dei primi passi dell'argomentazione di Raz, segue che non possa esserci diritto se i cittadini devono usare il giudizio morale per identificare il suo contenuto. Si consideri questo esempio estremo. Si supponga che l'istituzione legislativa di una nazione adotti una legge dichiarante che da quel momento in poi, sotto pena di severe punizioni penali, i soggetti non debbano mai agire immoralmente in ogni aspetto della loro vita. Questa è una legge estremamente stupida, e la vita in quella nazione sarebbe da quel momento in poi ripugnante oltre che stupida. Secondo Raz, comunque, sarebbe un errore concettuale descrivere questa regola come diritto. Perfino in questo esempio estremo, la sua tesi sembra troppo forte. Questa regola ha, dopo tutto, conseguenze normative per quelli disposti ad accettare la sua autorità. Essi ora hanno una ragione aggiuntiva per riflettere attentamente sulla qualità morale di ogni cosa che fanno e per agire in modo puntiglioso, non solo perché sono ora soggetti a una sanzione ufficiale, ma anche perché la loro comunità ha dichiarato, attraverso il diritto penale, l'importanza cardinale della diligenza morale. Essi non farebbero un errore concettuale se dicessero che si erano comportati diversamente senza rispetto per l'autorità della nuova legge. Non direbbero, comunque, che la legge scritta ha dato meramente ai funzionari il potere di giudicare la loro condotta secondo gli

standard morali propri dei funzionari. Se fossero imprigionati per un atto che essi ritenevano scrupolosamente morale, ribadirebbero che sono stati imprigionati contro la legge.

Come Coleman riconosce - è il cuore del suo positivismo «inclusivo» - non c'è niente nel concetto ordinario di autorità che ci impedisca di trattare come dotata di autorità una regola o un principio che incorpori uno standard morale. Si supponga che un uomo d'affari in un commercio dove prevalga il "caveat emptor" si converta ad una religione il cui testo sacro spinga i suoi credenti all'essere «onesti ed equi» nel commercio. Si comporterà in modo differente, e dirà sensatamente che nel far così si sottomette all'autorità della sua nuova religione (sebbene debba ponderare le ragioni stesse che aveva sempre avuto per decidere quello che tale autorità comanda). Si supponga che un giorno si preoccupi del problema se fosse iniquo non far presente un difetto evidente a un compratore che non l'ha notato. Se decide che sarebbe iniquo e fa presente il difetto, può sensatamente dire che si è sottomesso all'autorità della religione. Il testo sacro proibisce ciò che è iniquo; non far presente il danno è iniquo; perciò il testo sacro richiede di farlo presente. Sarebbe inappropriato dire che il testo sacro non lo ha condotto a farlo presente, ma solo a considerare se fosse iniquo non farlo presente. Se dopo un'attenta riflessione decide che il non farlo presente è completamente equo, ma anni dopo cambia idea, penserà allora che un tempo disobbediva a un ordine religioso.

Non dovremmo, comunque, dilungarci su questi casi estremi in cui una direttiva semplicemente incorpora il riferimento a un qualche sottile concetto morale, perché l'uso che la prassi giuridica contemporanea effettivamente fa della morale è molto più complesso e selettivo. Una legge scritta, ad esempio, può stipulare che non è applicabile alcun contratto che vincoli il commercio «irragionevolmente», o una costituzione può impedire ogni processo di diritto penale che neghi il "due process". Cittadini, giuristi o funzionari che decidono cosa in pratica richiedono queste disposizioni devono in realtà riflettere su alcune delle stesse questioni che considererebbero se fossero interessati soltanto ad agire moralmente: ma solo su alcune di esse e in modo differente. Devono domandarsi quale forza dovrebbe essere assegnata a

queste considerazioni morali nel contesto della regolamentazione in questione, e sullo sfondo generale delle altre leggi e altre regolamentazioni. Devono, in breve, assumere ciò che ho chiamato interpretazione costruttiva di regolamentazioni discrete in un contesto discreto. Sebbene questa interpretazione discreta (come i critici del positivismo hanno a lungo ribadito) non abbia una dimensione morale, essa non ricapitola alcun processo di ragionamento che sarebbe richiesto, tranne che per la legge in questione e il suo contesto giuridico (27).

La morale gioca lo stesso ruolo complesso e sottile nelle sentenze di diritto comune ["common law adjudication"]. Si consideri un giudice che deve decidere alla prima impressione se una paziente che è stata danneggiata assumendo per molti anni una medicina prodotta in modo negligente, ma che non è in grado di mostrare quale dei numerosi produttori del farmaco abbia fabbricato le pillole che ha preso, abbia diritto ad avere il risarcimento da tutti i produttori in proporzione alle loro quote di mercato negli anni in questione (28). Il giudice naturalmente considererà e bilancerà due problemi di equità: se è equo negare del tutto il risarcimento a una paziente in quella posizione, e se è equo considerare un produttore responsabile di indennizzo per un danno che si dimostra non aver causato. Tuttavia, il giudice si rifarà in modi differenti nel suo giudizio complessivo all'autorità del diritto codificato, e questo giudizio potrebbe essere differente da quello che avrebbe preso se chiamato a votare, come legislatore, per una legge che risolveva il problema in un modo o in un altro. Potrebbe pensare, ad esempio, che dati i vari precedenti ed altri aspetti dello sfondo giuridico, non dovrebbe considerare l'impatto della responsabilità in base alle quote di mercato sulla ricchezza economica dell'industria farmaceutica o sulla ricerca medica. Non voglio dire che avrebbe necessariamente ragione a escludere tali considerazioni nel decidere ciò che richiede il diritto, o che un legislatore che scriva su un foglio bianco avrebbe necessariamente ragione nell'includerle. Voglio solo dire che l'esempio conferma l'autorità del diritto sulle decisioni giudiziarie nonostante il ruolo che la morale svolge nel decidere ciò che il diritto come autorità esattamente richiede o permette.

Raz deve avere in mente, perciò, una concezione dell'autorità speciale ed eccentrica quando ribadisce che il diritto non potrebbe avere autorità se le questioni morali avessero un ruolo nel fissare ciò che il diritto richiede perfino in questo modo vago. Chiama questa concezione dell'autorità una concezione «di servizio», e riconosce che altre concezioni, forse più familiari, non hanno tale implicazione (29). Perché, allora, ribadisce che solo la sua concezione «di servizio» può spiegare la natura o il concetto del diritto? Sarebbe sicuramente una questione differente se ci fossero altre ragioni stringenti per preferire il positivismo esclusivo ad ogni altra teoria del diritto. Ma l'argomento va in altra direzione: si ritiene che si resti persuasi dal positivismo esclusivo perché accettiamo già la concezione di servizio. Abbiamo bisogno di un argomento indipendente per tale concezione, e non ne trovo negli argomenti di Raz.

L'artificialità eroica della concezione dell'autorità di Raz è messa in luce, inoltre, una volta che notiamo quanto contraddica il senso comune. Abbiamo visto prima, nel discutere il positivismo inclusivo di Coleman, che i provvedimenti astratti della Costituzione americana, come le clausole di "equal protection" e di "due process" e i provvedimenti che proteggono la libertà di parola e la libertà di religione presentano problemi evidenti per il positivismo in ogni sua forma. Coleman ritiene, come si è visto, che queste clausole incorporino standard morali e che perciò facciano dipendere dalla risposta giusta a una questione morale la validità di ogni altra legge. Ma poiché Raz è un positivista esclusivo che afferma che il giudizio morale non è mai rilevante per l'identificazione del diritto, non può sostenere questa concezione. Quale concezione della forza giuridica di queste clausole costituzionali astratte può allora sostenere? Coleman riporta come opinione di Raz che queste clausole non invalidano esse stesse alcuna altra legge, ma dirigono solo i giudici a determinare se leggi particolari non dovrebbero essere applicate, nonostante il fatto che siano perfettamente valide (p. 110). Questa tesi rovescia l'opinione comune: la maggior parte dei giuristi e degli uomini di legge non pensa che le leggi sulla segregazione scolastica fossero perfettamente valide fino a che la Corte Suprema decidesse che non

avrebbero dovuto essere applicate, quanto piuttosto che la Corte abrogasse queste leggi perché giustamente non le trovava costituzionalmente valide. Quando la Corte abroga una legge su basi costituzionali, inoltre, quasi sempre la considera come se già non fosse valida. Nega che la legge avesse una forza giuridica anche prima che la Corte agisse. Così, se Coleman riporta correttamente la descrizione di Raz delle clausole costituzionali astratte, ciò sarebbe in realtà controintuitivo.

Non è chiaro, comunque, se Raz possa coerentemente sostenere la concezione che Coleman gli attribuisce. Raz dice che nessuna lettura delle clausole costituzionali è valida come una questione di diritto a meno che tale lettura non sia autorizzata da una regola di interpretazione giuridica che sia essa stessa valida su basi esclusivamente positivistiche: cioè un'interpretazione stabilita essa stessa da una prassi giuridica quasi-uniforme (30). Ma come abbiamo visto prima, nessuna regola pertinente di interpretazione costituzionale è stata stabilita negli Stati Uniti in tal modo. Alcuni giuristi leggono le clausole astratte come una legislazione illegale che contraddice certi principi morali; altri giuristi leggono quelle clausole come una legislazione illegale che contraddice l'interpretazione degli estensori di ciò che questi principi impediscono. Raz dice che, dato tale disaccordo, la forza giuridica delle clausole astratte dev'essere considerata «incerta» (31). Probabilmente pensa che le parole, ad esempio, della clausola di "equal protection" sono parte del nostro diritto perché tutti concordano che lo siano. Ma supporre che queste parole abbiano autorizzato la Corte Suprema ad abrogare una legislazione particolare richiederebbe accettare una lettura controversa della clausola e rigettare le altre. In questo modo probabilmente Raz sta dalla parte dei critici più severi che dicono che per quasi due secoli la Corte Suprema ha esercitato un potere che nessuna autorità giuridica le ha conferito.

Tale conclusione sembra preoccupante, ma non lo sono di meno le alternative a lui disponibili. Si supponga ad esempio che sostenga che sebbene i primi esercizi di revisione giudiziaria della Corte Suprema non fossero autorizzati dal diritto perché nessuna regola codificata di interpretazione costituzionale giustificava di leggere la Costituzione come se

concedesse un tale potere, i poteri propri della Corte di creare diritto attraverso la considerazione del precedente significhino che questi primi, pochi esercizi le hanno dato l'autorità giuridica che adesso pretende. Ma quali sono allora i limiti di quest'autorità? Quando la Corte commetterebbe un errore giuridico revocando una legge? Il diritto autorizza adesso la Corte a trattare le leggi sul traffico di uno Stato come se non fossero leggi valide, se per qualche ragione essa lo ritiene sensato? Potrebbe sembrare naturale dire almeno questo: le clausole del "due process" e di "equal protection" non danno alla Corte alcun potere di abrogare leggi che nessuna persona ragionevole potrebbe ritenere profondamente ingiuste. Ma Raz non può accettare nemmeno questa limitazione all'autorità della Corte di dichiarare non valida una legge una volta che egli ha pienamente riconosciuto tale autorità, perché è una questione morale se siano ragionevoli gli anarchici che pensano che le leggi sul traffico siano sovversive di una libertà fondamentale, anche se la risposta a tale questione sembra scontata. Raz deve perciò scegliere fra negare effettivamente che la Costituzione sia diritto e negare che nient'altro che la Costituzione sia diritto. Perché sostiene una teoria del diritto che ha tali penose conseguenze?

- "Positivismo e provincialismo".

Jeremy Bentham, il primo filosofo a presentare una versione sistematica di positivismo giuridico, era molto interessato alla politica (32). Sperava di indebolire il potere politico dei giudici che sostenevano di aver trovato la legge nei diritti naturali o nelle tradizioni antiche al di là di ciò che il Parlamento, come congresso del popolo, aveva esplicitamente dichiarato. Il positivismo allora aveva un'aura democratica, e quando la democrazia divenne presumibilmente più progressista, il positivismo diventò parte dell'inno a quel progresso. Oliver Wendell Holmes e Learned Hand si richiamarono al positivismo per sostenere un'economia progressista e una legislazione sociale contro i giudici conservatori della Corte Suprema che invocavano presunti

diritti naturali a protezione della proprietà stabilita per giustificare il fatto di considerare tale legislazione incostituzionale. Nel 1938, all'apice dell'importanza pratica del positivismo, la Corte Suprema lo abbracciò per riuscire a giustificare una delle più importanti decisioni della sua storia (33). La Corte sostenne che quando le corti federali avevano giurisdizione su una materia soltanto perché le parti provenivano da Stati differenti, non potevano appellarsi a un corpo di tradizione giuridica indipendente e globale, ma dovevano applicare il diritto come dichiarato dalle autorità di uno degli Stati coinvolti. Il giudice Brandeis citò una delle prime affermazioni di Holmes del credo positivista:

"[Il] diritto nel senso in cui le corti ne parlano oggi non esiste senza una autorità definita dietro di esso [...] L'unica e sola autorità è lo Stato, e se è così, la voce adottata dallo Stato come propria [sia essa della sua istituzione legislativa o della sua Corte Suprema] dovrebbe dire l'ultima parola" (34).

L'influenza politica del positivismo giuridico, comunque, è chiaramente diminuita negli ultimi decenni, e non è più una forza importante sia nella prassi sia nell'educazione giuridica. Il governo è diventato troppo complesso per accordarsi con l'austerità del positivismo. La tesi che il diritto di una comunità consiste solo di comandi espliciti dei corpi legislativi sembra conveniente e naturale quando espliciti codici legislativi hanno la pretesa di fornire tutto il diritto di cui una comunità ha bisogno. Ma quando il cambiamento tecnologico e l'innovazione commerciale sorpassa ciò che il diritto positivo fornisce (come ha fatto sempre di più negli anni seguenti la seconda guerra mondiale) i giudici e gli altri funzionari giuridici devono rivolgersi a principi più generali di strategia e di equità per adattare e sviluppare il diritto come risposta. Sembra allora falso e senza senso negare che anche questi principi figurino nel determinare ciò che il diritto richiede. Nel dopoguerra, inoltre, ha guadagnato costantemente in popolarità e in prassi costituzionale l'idea che i diritti morali che le persone hanno contro le istituzioni legislative abbiano forza giuridica, così che se il potere legislativo condanna un gruppo di cittadini a uno status di seconda classe, l'atto non è

solo ingiusto ma anche nullo. Ancora una volta, è sembrato sempre più insensato dichiarare che questi vincoli morali non erano essi stessi parte del diritto della comunità. L'attrazione politica del positivismo è scemata in modo corrispondente. E' stato associato non più al progresso democratico, ma al conservatorismo maggioritario; sono stati giudici liberali ad appellarsi alla morale per giustificare una più ampia protezione giuridica per i diritti individuali. La maggior parte dei giuristi accademici ha ritenuto che se era necessaria una teoria generale sulla natura del diritto, essa doveva essere molto più sottile del positivismo giuridico.

Rimangono comunque i difensori accademici del positivismo giuridico, come Coleman e Raz. Ma le loro argomentazioni, come ho tentato di mostrare, hanno l'artificialità e lo sforzo delle teorie costruite di fronte a un'imbarazzante evidenza dai difensori di una fede sacra. Qual è questa fede sacra? I positivisti sopravvissuti non sono politici conservatori che sperano di resistere all'allargamento dei diritti individuali e delle minoranze insistendo su una concezione maggioritaria del diritto. Al contrario, sostengono che il positivismo giuridico non impone alcun vincolo su ciò che effettivamente fanno giudici e funzionari giuridici: hanno percorso molta strada da Bentham e dal caso "Erie". Celebrano il positivismo come una descrizione accurata dello stesso concetto di diritto o come la descrizione teorica più illuminante del fenomeno giuridico nel corso del tempo. Qualche volta essi li considerano come quasi la stessa cosa. Ma non offrono alcuna spiegazione seria del tipo di analisi concettuale che hanno in mente e nessuna prova empirica che potrebbe sostenere ampie generalizzazioni sulla forma e le vicende delle istituzioni giuridiche. Fanno poco sforzo per connettere la loro filosofia del diritto alla filosofia politica in generale, alla prassi giuridica, alla dottrina o alla teoria sostantiva. Tengono corsi limitati alla «filosofia del diritto» o alla "jurisprudence" analitica in cui distinguono e comparano differenti versioni contemporanee di positivismo, tengono conferenze dedicate a questi argomenti, e commentano nei più piccoli particolari, nelle loro riviste a ciò dedicate, gli uni le ortodossie e le eresie degli altri.

Perché? Parte della risposta, credo, sta nell'influenza

continua di due filosofi di talento che molto tempo fa hanno pubblicato versioni influenti di positivismo: H.L.A. Hart nel mondo anglosassone e Hans Kelsen nel resto del mondo. Ma questa risposta parziale rende persino più profondo il problema: perché questi filosofi - che, come la nottola di Minerva, volavano nelle tenebre delle loro tradizioni - dovrebbero suscitare ancora reverenza e incoraggiare l'isolamento intellettuale?

Non lo so, ma sospetto ora che almeno parte della spiegazione debba essere trovata nell'attrazione non del positivismo come teoria del diritto, ma della filosofia del diritto come una professione e una disciplina indipendente e autosufficiente. I positivisti fin da Hart (compreso il «Poscritto» al suo "Concetto di diritto" (35), pubblicato postumo) hanno difeso con grande fervore una tesi corporativa: che il loro lavoro è concettuale e descrittivo in un modo che lo distingue da una varietà di altri mestieri e professioni. Secondo loro, la filosofia del diritto è distinta non solo dalla prassi effettiva del diritto, ma anche dallo studio accademico di aree del diritto sostantive e procedurali, perché sia la prassi sia lo studio accademico riguardano le leggi di qualche giurisdizione particolare, mentre la filosofia del diritto riguarda il diritto in generale. Essa è anche distinta e indipendente dalla filosofia politica normativa perché è concettuale e descrittiva invece che sostantiva e normativa. E' differente dalla sociologia del diritto o dall'antropologia giuridica perché queste sono discipline empiriche, mentre la filosofia del diritto è concettuale. E', in breve, una disciplina che può essere praticata da sola senza alcuna esperienza precedente, né addestramento e neppure familiarità con altra letteratura e ricerche oltre il suo mondo ristretto e poche discipline. L'analogia con la teologia scolastica è, ancora una volta, sorprendente.

Nel loro perseguimento di un'esclusività corporativa, i positivisti devono combattere una guerra su diversi fronti. In che senso la filosofia del diritto è concettuale? In che senso se è concettuale, può anche essere descrittiva? La difesa del positivismo di John Austin nel secolo diciannovesimo intendeva essere sia concettuale sia descrittiva in un senso un po' attempato ma facilmente comprensibile: offriva una

definizione della parola «diritto» per come essa figura nell'argomentazione e nel discorso giuridici (36). Quindici anni fa, considerai l'intento di Hart nel suo "Concetto di diritto" come una forma più sofisticata della stessa ambizione: intendeva spiegare il concetto di diritto, dissi, portando alla superficie i criteri condivisi che vengono seguiti, spesso inconsapevolmente, dai giuristi e dagli uomini di legge, nel valutare le proposizioni del diritto (37). Lo stesso Hart ha rifiutato questa interpretazione dei suoi metodi nel suo «Poscritto» (38), come hanno fatto molti dei suoi seguaci (p. 200) (39). Continuo a pensare comunque che il suo lavoro fosse più sensato di ogni descrizione dei suoi obiettivi che lui o loro hanno suggerito. E' vero che Hart diceva che considerava il suo libro come un esercizio di «sociologia descrittiva» (40). Ma questa osservazione è più oscura di quanto sia chiarificante. Quale tipo di sociologia è concettuale? Quale tipo non fa alcun uso dell'evidenza empirica? Quale tipo definisce se stesso come uno studio non solo delle prassi e delle istituzioni giuridiche in questo o in quel luogo, ma del concetto stesso di diritto in ogni luogo?

I positivisti hanno apparentemente scelto, almeno temporaneamente, una risposta a questi problemi, che - essi dicono - mostra come la filosofia del diritto possa essere insieme concettuale, descrittiva, e globale. Coleman riporta puntualmente questa conclusione (p. 10 n. 13): gli esempi di diritto, ovunque e in qualunque forma appaiano, condividono una «struttura» comune (p. 10 n. 13) che appartiene all'essenza stessa del diritto, ed è il ruolo della "jurisprudence" concettuale e descrittiva quello di rivelare questa struttura comune. La "jurisprudence" è perciò in un senso normativa: tende a cogliere, in modo elegante e rivelatore, cosa è effettivamente importante e fondamentale riguardo alla struttura del diritto piuttosto che ciò che è meramente contingente e periferico. Ma non è normativa nella maniera della filosofia politica sostantiva perché non valuta la struttura che essa scopre o sceglie fra le varie strutture in modo tale da migliorare la prassi giuridica. «Mentre l'interpretazione dworkiniana è tenuta a mostrare il diritto nella sua 'luce migliore' - dice Coleman -, il metodo qui impiegato non lo è; è tenuto solo a identificare quali principi rivelino, se ce ne sono, la struttura e

il contenuto effettivi dell'inferenza pratica nel diritto» (p.10 n. 13). La "jurisprudence" è in un senso concettuale: ci insegna ciò che appartiene all'essenza stessa della struttura fondamentale del diritto. Ma non è "a priori", e non dice niente sull'uso proprio e improprio della parola «legge». La "jurisprudence" è in un senso empirica: è continua con gli studi empirici del diritto, che forniscono il materiale grezzo per i suoi giudizi sulla struttura del diritto. Ma va oltre ciò che è empirico per come esso è normalmente inteso perché organizza anche il materiale grezzo in una descrizione dell'essenza del diritto sistematica e rivelatrice. «La sociologia descrittiva - dice Coleman - non entra in gioco allo stadio in cui si fornisce il concetto alla teoria, ma allo stadio preliminare in cui si forniscono i materiali grezzi su cui si deve teorizzare» (p. 200).

Ad ogni modo, ciascuna di queste tesi crea problemi alle altre. Coleman esalta il contributo che le scienze sociali possono fornire alla filosofia del diritto: «intraprendendo queste ricerche fuori o oltre la filosofia, possiamo ottenere un quadro ricco e apprezzabile delle forme di governo e di organizzazione che sono state caratterizzate come costituenti il diritto in luoghi e tempi differenti, e sotto circostanze molto differenti» (p. 201). Ma la sua argomentazione non usa e nemmeno menziona, ad esempio, alcuno dei materiali «ricchi e apprezzabili» dell'antropologia giuridica, né fa il lavoro di Hart o degli altri positivisti che Coleman discute; ed è difficile vedere quale uso egli potrebbe fare di loro. Come potrebbe l'induzione da un migliaio di casi di istituzioni giuridiche molto differenti, e dai vari presupposti e motivi di migliaia di attori in differenti luoghi e tempi, rivelare l'«essenza» o la «natura stessa» della struttura del diritto? Allo stesso modo potremmo dichiarare che l'unione eterosessuale è l'«essenza» del matrimonio dato che il matrimonio è sempre stato eterosessuale (ammesso che sia vero), così che il matrimonio omosessuale è escluso su «basi concettuali».

C'è anche un problema più profondo, comunque. Sebbene i positivisti scrivano adesso, come fa Coleman, di mettere a nudo la struttura essenziale del diritto mostrando cosa è costante di questa istituzione nel corso del tempo, non hanno detto niente per difendere la misteriosa idea di cosa vi è premesso: che il diritto "ha" una struttura essenziale che può

essere esposta puramente attraverso una descrizione. Gli atomi e il D.N.A. animale hanno strutture fisiche inerenti e ha senso supporre che queste strutture rappresentino l'«essenza» dell'idrogeno o di un leone. Ma non c'è niente di comparabile in una prassi sociale complessa: dove dovremmo cercare la sua natura o «essenza»? Quale fatto fisico, storico o sociale, ad esempio, potrebbe dimostrare che è parte della «struttura», «essenza» o «natura» del diritto che esso debba essere convenzionale, come pretende Coleman, o che esso debba essere dotato di autorità, come stabilito dalla concezione di Raz dell'autorità come «servizio»? Cosa nel mondo fisico, storico o sociale ci impone queste «verità» concettuali, in modo indipendente dai nostri scopi politici e morali? I positivisti debbono rispondere a queste domande o abbandonare la loro tesi improvvisamente popolare che stanno sondando una profonda realtà storica, sociale, antropologica o psicologica. Fino a che qualcuno non riscatti questa pretesa con una descrizione intelligibile della «natura» o «essenza» del diritto, essa resterà solo un consolante "mantra": il flogisto del positivismo.

Debbo infine aggiungere che Coleman sparge sale sulle ferite che si è procurato da solo sostenendo, nel sottotitolo e nel corso del libro, che la sua concezione del diritto è «pragmatista». Comunque, la sua spiegazione del pragmatismo consiste in una lista di assunzioni semantiche e metodologiche (p.p. 3-12), poche delle quali svolgono una reale funzione nella sua argomentazione, mentre tutte sarebbero accettate da filosofi che sono molto lontani dalla tradizione pragmatista. In realtà, niente potrebbe essere più lontano dallo spirito del vero pragmatismo americano della sua convinzione che possiamo scoprire verità «concettuali» su una prassi politica senza considerare quale interpretazione di quella prassi faccia progredire meglio i nostri scopi pratici, morali e politici.

- "Appendice. Punti di onore personale".

Ho già detto che il libro di Coleman discute la mia opera. Dovrei aggiungere che lo fa in modo esteso ma particolarmente

problematico. Fa affermazioni numerose ma non dimostrate sulle mie «confusioni filosofiche» (p. 155), sugli errori «profondamente compenetrati» (p. 181) e sugli argomenti «in stile Disney». Mi attribuisce importanti concezioni che, per quanto mi possa ricordare, non ho mai sostenuto né espresso. In molti casi (ne ho già menzionati alcuni) usa i miei argomenti contro di me. Questi errori vanno insieme a una mancanza di citazioni quasi completa: le mie presunte credenze e confusioni sono spesso riportate senza alcun riferimento a dove sono affermate e sostenute. Anch'io sono indubbiamente colpevole di mancanza di citazioni, ma mai, penso, in questa misura. Ho lasciato le mie lamentele a questa parte separata perché sono di scarso interesse generale. Ma ho trovato, in passato, che fraintendimenti non corretti e critiche a cui non si replica prendono una loro propria vita nella letteratura di "jurisprudence".

Cercherò perciò di correggere quelli che mi sembrano gli errori più gravi di attribuzione e di critica commessi da Coleman (41).

1. Inizio con la sua presentazione del mio sunto del positivismo giuridico, non perché i suoi errori riguardo a ciò siano particolarmente importanti per la sua argomentazione, ma perché è una lamentela comune fra i positivisti, fatta sempre senza documentazione, che abbia frainteso le loro concezioni e creato un fantoccio di paglia per attaccarlo. Coleman, ad esempio, si riferisce ad uno dei miei argomenti «come ancora un altro esempio della caricatura del progetto [dei positivisti] allo scopo ultimo di screditarlo» (p. 155). Questa è un'accusa grave, ma i pochi esempi che offre, sparsi lungo il suo libro, non sono chiaramente in grado di sostenerla. Dice che attribuisco ai positivisti «la tesi che ogni norma che è ricompresa nella categoria 'diritto' debba essere una regola» (p. 104), e poi aggiunge che «nessun positivista giuridico ha mai effettivamente sostenuto che tutti gli standard giuridici sono regole», e che Hart «negava la tesi molto tempo prima che Dworkin gliela attribuisse» (p. 107). Ma ho definito «regola» come un termine convenzionale, e non è detto che Hart sia in grado di negare ogni affermazione che ho fatto sulle regole molto tempo prima che io le facessi. Ho sostenuto non che i positivisti hanno affermato che tutti gli standard giuridici

fossero regole secondo la definizione che ho stipulato - non so quanti abbiano sostenuto questa definizione - ma che i principi del positivismo che ho descritto si accorderebbero solo con regole così definite (42). Dice che attribuisco al positivismo «due tesi, che nessun positivista sostiene o deve sostenere» (p. 155). La prima è la mia affermazione che Hart fosse impegnato in un progetto di analisi semantica. E' vero, come ho detto prima, che Hart rifiutò questa descrizione nel suo «Poscritto». Ma, come ho anche detto, altri scrittori hanno sostenuto la mia interpretazione, concordando con me che essa offre la migliore lettura di ciò che Hart ha effettivamente scritto nel "Concetto di diritto". Coleman non fa nessun tentativo di rispondere ai loro argomenti o ai miei. La seconda delle mie presunte palesi caricature è che «la semantica a cui il positivista è tenuto è 'criteriale'» (p. 155). In realtà, nonostante l'uso di Coleman delle virgolette, non ho usato questa parola nel presentare gli errori del positivismo. Ho mostrato certi presupposti che ritenevo sostenuti da alcuni positivisti sulle condizioni alle quali si pensa che le persone possano condividere un concetto. Ma non ho detto che il positivismo si dovesse attenere a quei presupposti; al contrario, ho presentato un insieme differente di presupposti che consentirebbe al positivismo di essere riaffermato in una forma più forte (43). Quando, inoltre, Coleman spiega la mia presunta caricatura in modo più dettagliato, non nega che alcuni positivisti abbiano sostenuto le assunzioni sulla condivisione del concetto che ho attribuito loro. Dice solo, facendomi l'eco, che questi presupposti non sono necessari al positivismo, e poi descrive una base semantica alternativa per il positivismo che, come vedremo presto, è esattamente la base che ho raccomandato loro (p.p. 156-57). Non fa niente per chiarire o difendere l'affermazione familiare fra i positivisti giuridici che abbia distorto la loro posizione. Spero che il prossimo positivista che farà questa accusa sia più disponibile.

2. Coleman sostiene che sono colpevole di una confusione primitiva fra due tesi molto differenti: che la morale non è necessariamente una condizione del diritto, e che la morale è necessariamente non una condizione del diritto (p.p. 151-52). Non fornisce, comunque, alcuna citazione per provare la mia colpa, e ho di fatto insistito sulla distinzione. Ho accettato la

prima di queste tesi e ho argomentato soltanto contro i filosofi che difendono la seconda (44).

3. Egli proclama che uno dei miei argomenti, a cui si riferisce come l'argomento dell'«assillo semantico», è «pieno di confusioni filosofiche» (p. 155). Ma identifica solo una presunta confusione: «Il problema dell'argomento dell'assillo semantico è che esso fraintende ciò che gli individui debbono condividere al fine di avere lo stesso concetto» (p.p. 156-57). Secondo Coleman, sostengo che le persone possono condividere un concetto solo quando sono d'accordo sui criteri per la sua applicazione, mentre ribadisce che «gli individui possono condividere lo stesso concetto se sono d'accordo non sui criteri di applicazione, ma su un insieme di casi paradigmatici o esempi del concetto. Questi casi paradigmatici, a turno, sono in linea di principio rivedibili, sebbene non possano essere rivisti tutti, o quasi tutti, allo stesso tempo» (p. 157). Le persone che condividono un concetto in questo modo «paradigmatico», continua, possono essere fondamentalmente in disaccordo sulla migliore interpretazione del perché i paradigmi sono in realtà paradigmi, e possono perciò essere in disaccordo sulla questione se il concetto si applichi a casi nuovi o controversi. Lo scopo del mio argomento dell'«assillo semantico» era di stabilire "esattamente" questo: condividere un concetto non significa necessariamente condividere i criteri per la sua applicazione, ma potrebbe invece significare condividere i paradigmi come basi per tesi interpretative (45). La concezione di Coleman del condividere un concetto tramite paradigmi è, in realtà, quasi identica alla mia, usando molti degli stessi termini, incluso quello di «paradigma» (46). Egli aggiunge che questa concezione del condividere un concetto è una «concezione pragmatista standard» (p. 157), ma non presenta alcuna citazione a scritti in cui questa concezione «standard» del condividere un concetto sia effettivamente presentata. Non pretendo, ovviamente, che la mia descrizione sia originale, e l'idea di paradigma ha un ampio uso fra i filosofi. Ma non conosco alcun'altra esposizione del condividere un concetto tramite paradigmi che sia tanto vicina alla mia come quella di Coleman, e sarei stato grato per almeno una citazione.

4. Dichiaro che io vedo il diritto soltanto dalla prospettiva

delle parti contendenti o dei giudici, e che come conseguenza ignoro l'importante funzione di guida che il diritto generalmente svolge per le persone (p. 166). In realtà, sottolineo l'importanza del diritto come una guida quotidiana per le persone in generale, e per questa ragione ho portato argomenti a favore di quella che ho chiamato un'interpretazione «protestante» del diritto (47). Il diritto svolge la funzione di guida, in una comunità complessa e mutevole, molto meglio sulla base di quest'interpretazione protestante che sulla base del presupposto, condiviso da molti positivisti, che quando sorgono questioni nuove e controverse non c'è alcun diritto ma soltanto un'occasione di discrezionalità giudiziaria che può essere esercitata solamente nella controversia. Coleman, comunque, sviluppa la sua strana idea che io non rendo conto della guida del diritto attraverso un argomento più elaborato che definisce «devastante» (p. 167 n. 23): "Si supponga che qualcuno sostenga che è una verità concettuale riguardo al diritto che qualcosa è diritto solo se esso è in grado di guidare la condotta, e una norma, una decisione o una regola è in grado di guidare la condotta solo se coloro a cui è rivolto il diritto possano sapere in anticipo ciò che esso richiede loro" (p. 167).

Dice che, dal mio punto di vista, non può mai essere stabilito con assoluta certezza prima di qualsiasi argomento che una proposizione del diritto è vera, non importa quanto ampiamente accettata e indiscussa, perché è sempre possibile che in futuro qualcuno dimostri la falsità di questa proposizione attraverso una migliore interpretazione del diritto codificato. Così, dal mio punto di vista, il diritto non può essere in grado di guidare la condotta. Ma il presupposto citato è ambiguo. Potrebbe voler dire che nessuna proposizione del diritto può essere vera a meno che non sia possibile che le persone si formino l'opinione che essa è vera, sulla base degli argomenti a loro disponibili. Questa proposizione è abbastanza innocua: non avrei alcuna ragione per dissentire da essa (sebbene cavillerei sul descriverla come una verità «concettuale»). Ma la citazione potrebbe significare anche che nessuna proposizione del diritto è vera a meno che non sia possibile per le persone conoscerla, nel senso forte di essere

capaci di dimostrare conclusivamente a tutti, senza paura di contraddizione, che essa è vera. Perché qualcuno dovrebbe supporre una cosa così sciocca? Come la potrebbe supporre Coleman, che crede quanto me che le proposizioni vere del diritto possano essere controverse?

5. Il più sconcertante dei fraintendimenti di Coleman si prolunga per molte pagine ed è l'occasione per una delle sue accuse più ingenerose (p. 185). Il problema inizia con la descrizione seguente degli «elementi» della mia «teoria del contenuto giuridico» (p. 163):

"Uno di questi elementi è la concezione di Dworkin che i funzionari il cui compito è di determinare il contenuto del diritto richiedano che l'autorità che essi esercitano sia legittima. Questo equivale alla tesi che il loro esercizio dell'autorità coercitiva dello Stato sia giustificato. Il secondo elemento sussidiario della descrizione è la concezione di Dworkin che il principio di carità ci richiede di considerare la maggioranza di queste richieste di legittimità come vere" (p. 163).

Ancora una volta, non c'è alcuna citazione per ognuno di questi sorprendenti «elementi». Il primo non è grave, ma è inesatto. Non sapevo di formulare una tesi sulle credenze dei funzionari riguardo la propria legittimità. Non so, ad esempio, quanti giudici del Sudafrica pensassero che il potere che esercitavano nel periodo dell'"apartheid" fosse legittimo, sebbene sappia che molti pensavano che non lo fosse.

Il secondo «elemento» è ancora più problematico. Non ho fatto alcun riferimento a un principio di carità che ci richiede di assumere che le azioni della maggior parte dei funzionari siano legittime. L'oscurità si fa più profonda poche pagine dopo, dove Coleman si riferisce al «modo in cui il principio di carità - che Dworkin riprende da Donald Davidson - è considerato applicarsi olisticamente al novero dei pronunciamenti giuridici dotati di autorità» (p. 168). Il principio di carità di Davidson, che svolge un ruolo centrale nella sua concezione del significato e della verità, non ha niente a che fare con la mia concezione del diritto. Davidson stesso compare nei miei argomenti nell'"Impero del diritto" solo

una volta: come la fonte di un esempio che non ha niente a che fare con la carità (48). Coleman ha inventato la mia fede in un principio e poi mi rimprovera, ripetutamente, di aver fede in esso. Forse ha confuso il mio appello alla virtù politica dell'integrità (49), o la mia concezione dell'interpretazione costruttiva nel diritto (50), con l'appello di Davidson alla carità riguardo alla verità. Se è così ha gravemente frainteso i miei argomenti o quelli di Davidson, o entrambi. Ancora una volta, sarebbe stata enormemente utile una citazione del mio presunto richiamo a Davidson o al suo principio.

6. Il suo insieme successivo di critiche ritorna all'argomento dell'«assillo semantico». La sua introduzione è, ancora una volta, severa: «dovremo per prima cosa soffermarci su una confusione fondamentale al centro dell'argomentazione [di Dworkin ... quella] fra "il contenuto del concetto di diritto" e "il contenuto del diritto di una particolare comunità"» (p. 180). In realtà, c'è una connessione importante ed ovvia fra queste due idee. Quando un giurista dichiara, ad esempio, che nella sua giurisdizione «è diritto» che i contratti che fissano il prezzo siano illegali, sta usando il concetto di diritto nello stabilire il contenuto del diritto di una particolare comunità. Mi sono appoggiato su questa connessione nel porre il seguente problema: se due giuristi sembrano essere in disaccordo in modo sostanziale sul contenuto del diritto, come lo sono spesso i giuristi, hanno perciò concetti differenti di diritto (nel qual caso il disaccordo è illusorio)? Ho notato che essi non possono condividere lo stesso concetto di diritto se accettiamo quella che Coleman chiama la concezione «criteriale» del condividere un concetto, cioè che le persone condividono lo stesso concetto solo quando sono d'accordo, almeno sostanzialmente, sui criteri per un'applicazione dotata di successo di quel concetto a casi particolari. Ho concluso che siccome ovviamente i giuristi sono genuinamente in disaccordo sul contenuto del diritto della loro giurisdizione, e dunque condividono un concetto di diritto, la concezione criteriale di come essi condividono quel concetto deve essere sbagliata. Ho proposto la concezione differente a cui mi sono riferito sopra. I giuristi condividono il concetto di diritto come ciò che ho chiamato concetto interpretativo (o essenzialmente contestato). Essi non condividono i criteri per applicare l'affermazione «è diritto

che», piuttosto offrono interpretazioni alternative di proposizioni paradigmatiche che hanno una forma che essi accettano, e poi estraggono da queste proposizioni paradigmatiche differenti criteri per applicare il giudizio «è diritto che» a casi nuovi su cui essi potrebbero essere in disaccordo. Coleman, come ho detto nell'ultimo capoverso, sostiene anche questa concezione di come i giuristi impiegano il concetto di diritto. Così qual è la mia confusione «fondamentale», o, come dice anche, «profondamente compenetrata»? La sua spiegazione porta a questo: se ho ragione che i giuristi condividono il concetto di diritto come concetto interpretativo, allora, contrariamente a ciò che dico, sono effettivamente d'accordo sui criteri per applicare tale concetto. Sono d'accordo che dovrebbe essere applicato nel modo interpretativo che ho descritto (p. 182) (51). Ma questa spiegazione fraintende ciò che intendevo quando ho detto che i giuristi non condividono i criteri; chiaramente intendevo che non condividono un singolo insieme di test per decidere quali proposizioni del diritto sono vere. Poiché Coleman è d'accordo, rimane misterioso perché ritiene che io sia confuso.

7. Coleman termina la sua discussione del mio lavoro con una serie di rilievi sul carattere della filosofia del diritto. Dal mio punto di vista, come i giuristi debbono impegnarsi nella interpretazione costruttiva degli aspetti del diritto codificato e della prassi giuridica (i quali hanno spesso una dimensione morale) per decidere cosa è il diritto su questioni particolari, così i filosofi del diritto o della politica usano anche l'interpretazione costruttiva della prassi giuridica nel suo complesso (la quale ha anche una dimensione morale) per difendere particolari accezioni del concetto stesso di diritto. Questo è il suggerimento che chiama «in stile Disney» (p. 185). «E' certamente un argomento a favore della "jurisprudence" normativa - aggiunge -ma quanto seriamente lo possiamo prendere? In ogni punto cruciale le inferenze sembrano provenire dal nulla» (p. 184). Egli ignora il lungo argomento che ho effettivamente proposto a favore di questa concezione, che spazia per la maggior parte dell'"Impero del diritto" e che attinge a teorie dell'interpretazione, dell'integrità, della comunità e dell'uguaglianza. Ripete la sua bizzarra tesi che il mio argomento si basi su un fraintendimento del principio di

carità di Davidson, e devo perciò ripetere che non faccio alcun uso di quel principio. Ma non riporta nessuno dei miei argomenti. I lettori del suo libro che possono essere impressionati dal mio presunto gioco di prestigio nel trarre dal nulla le inferenze saranno dunque delusi, se hanno cura di controllare, dal carattere innegabilmente faticoso e concreto di ciò che ho effettivamente detto.

8. I CONCETTI DI DIRITTO.

- "L'assillo semantico".

Nel presente capitolo, scritto apposta per questo libro, indago con maggior dettaglio alcune questioni filosofiche sollevate precedentemente. Ho sempre sottolineato l'importanza di distinguere fra i differenti concetti che la gente usa per parlare del diritto: quello dottrinale, che usiamo nello stabilire ciò che il diritto di una giurisdizione richiede, proibisce o permette («l'ignoranza non costituisce una difesa nel diritto»); il concetto sociologico, che usiamo per descrivere una particolare forma di organizzazione politica («i Romani svilupparono una forma complessa e sofisticata di diritto»); quello tassonomico, che usiamo per classificare una regola o un principio particolare come principio giuridico anziché un principio di qualche altro tipo («sebbene la regola che sette più cinque fa dodici compaia in alcune argomentazioni giuridiche, non è essa stessa una regola del diritto»); e il concetto aspirazionale, che usiamo per descrivere una virtù politica ben definita («il tribunale di Norimberga si occupò soprattutto della natura della legalità»). Ognuno di questi potrebbe essere chiamato un concetto di diritto e sono chiaramente interconnessi in vari modi. Tuttavia si tratta di concetti differenti tra loro, e sebbene generino tutti delle questioni sulla relazione fra diritto e giustizia, tali questioni sono molto differenti.

Nell'«Introduzione» ho fatto notare che i concetti svolgono diversi generi di funzioni nel pensiero e nella conversazione della gente che li condivide e li usa. Alcuni concetti funzionano tipicamente come concetti criteriali, ad esempio quello di scapolo; altri come concetti di tipo naturale, ad esempio quello di tigre; e altri ancora come concetti interpretativi, ad esempio

quelli di giustizia e democrazia. Le differenze fra queste funzioni sono fondamentali per considerare quale forma potrebbe assumere un'analisi illuminante di un concetto o della natura degli oggetti o dei fenomeni che quel concetto abbraccia. Se riteniamo che un concetto particolare, come l'essere scapolo, soddisfi una funzione criteriale, la nostra analisi consiste in un'asserzione dei criteri corretti per l'uso di tale concetto, nella forma o di una definizione classica o di una formulazione delle regole che coloro che condividono il concetto seguono, forse inconsapevolmente, nell'applicarlo. Se il concetto è impreciso sarebbe un errore costringervi l'analisi sostenendo, ad esempio, che necessariamente un ragazzo diciottenne non può essere uno scapolo. La nostra analisi dovrebbe semplicemente riportare che i criteri condivisi del concetto sottodeterminano il problema se il ragazzo possa essere uno scapolo. Dal mio punto di vista, come ho detto, il concetto sociologico di diritto è un concetto criteriale impreciso; e l'argomento, un tempo molto amato dai filosofi del diritto, se i nazisti avessero un sistema giuridico è vano per questa ragione. Comunque, se possiamo considerare un concetto come un concetto di tipo naturale, allora ne è possibile un tipo di analisi molto differente. Possiamo ritenere che gli oggetti che esso mette insieme abbiano una natura intrinseca - una struttura essenziale senza la quale non sarebbero il tipo di cosa che sono - sebbene potremmo non sapere cosa sia. Così un'analisi utile del concetto potrebbe consistere non in un'affermazione dei criteri che la gente usa per identificare gli esempi ma in una descrizione fisica o biologica di questa natura essenziale.

I concetti che funzionano come interpretativi sono anche differenti dai concetti criteriali, ma in modo diverso. Ho descritto i concetti interpretativi nel «Introduzione» e nel Capitolo 6. Condividere un concetto interpretativo non richiede nessun accordo o convergenza sottostanti sui criteri o sugli esempi. Liberali e conservatori condividono il concetto di giustizia, ma non sono d'accordo né sui criteri per i giudizi sulla giustizia, né su quali istituzioni sono giuste e quali ingiuste. Condividono il concetto perché partecipano alla prassi sociale del ritenere giusti o ingiusti atti e istituzioni, e perché ognuno ha delle opinioni, chiare o meno, su quelli che

dovrebbero essere ritenuti la maggior parte dei presupposti basilari di quella prassi, il suo senso e scopo. Da tali presupposti traggono opinioni più concrete sul modo giusto di continuare questa prassi in occasioni particolari: i giudizi giusti da formulare e il giusto comportamento in risposta a quei giudizi. Un'analisi illuminante del concetto di giustizia deve essere una teoria interpretativa proprio di quel tipo. L'analista deve dispiegare il proprio senso dei valori ai quali si dovrebbe ritenere che serva la prassi e delle accezioni dei concetti in gioco che servono meglio quei valori. Un'analisi di un concetto di tipo criteriale o naturale deve essere neutrale fra le varie controversie normative in cui esso compare: se gli scapoli debbano essere incoraggiati a sposarsi o se le tigri debbano essere protette come specie in pericolo. Ma un'utile analisi di un concetto interpretativo (oltre la mera asserzione che è interpretativa e una descrizione molto generale delle prassi in cui figura) non può essere neutrale. Deve prendere posizione nelle controversie che spera di illuminare.

Ho sostenuto per molti anni che in tante circostanze i fatti morali figurano fra le basilari condizioni di verità delle proposizioni del diritto. Nei Capitoli 6 e 7 ho discusso una tesi rivale: il positivismo dottrinale analitico, il quale sostiene che, come questione concettuale, i fatti morali non possono comparire fra queste basilari condizioni di verità. In un libro precedente, "I diritti presi sul serio", ho sostenuto che il positivismo analitico distorce le prassi effettive dei giuristi e dei giudici nei sistemi giuridici contemporanei e perciò offre una comprensione inadeguata di quelle prassi (1). Nell'"Impero del diritto" ho presentato una spiegazione del motivo per cui i positivisti analitici commettono questo errore (2). Secondo la mia ipotesi essi presuppongono che tutti i concetti, compreso il concetto dottrinale di diritto, siano di tipo criteriale e che un'analisi adeguata del concetto dottrinale debba perciò consistere nel chiarire i test che i giuristi condividono per giudicare se le proposizioni del diritto sono vere, eccezion fatta per i casi di confine. Ho chiamato tale presupposto -che tutti i concetti siano criteriali - l'«assillo semantico». Ho allora offerto un'analisi del diritto come un concetto interpretativo, anziché criteriale, per mostrare come il disaccordo tra giuristi possa essere genuino anche se non sono d'accordo sui criteri per

identificare le proposizioni vere del diritto.

Nel 1986 avevo elaborato questa descrizione dell'assillo semantico per adattarla agli argomenti favorevoli al positivismo giuridico allora in auge. Ma la nuova generazione di filosofi del diritto ha acquisito maggiore padronanza nella filosofia del linguaggio, che è essa stessa progredita dal tempo in cui ho scritto, e la mia descrizione si è dimostrata troppo ristretta (3). Ora dovrei caratterizzare l'assillo in modo più ampio: sta nel presupposto che tutti i concetti dipendono da una prassi linguistica convergente del tipo che ho descritto nell'«Introduzione»: una prassi che delimita l'estensione del concetto attraverso criteri di applicazione condivisi oppure legando il concetto a un genere naturale distinto. L'infezione dell'assillo semantico, dico adesso, è il presupposto che tutti i concetti del diritto, incluso quello dottrinale, dipendono da una prassi convergente in uno di questi due modi. La patologia dell'assillo semantico rimane la stessa. I giuristi che ne sono affetti supporranno che un'analisi del concetto del diritto deve adattarsi - e soltanto adattarsi - a ciò che i giuristi sono principalmente d'accordo sia diritto.

- "La fallacia di Dworkin".

In "Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us about the Law", Michael Stephen Green descrive una fallacia a cui dà il mio nome. «La fallacia di Dworkin - scrive - è l'usare la teoria interpretativa del significato per giustificare una teoria interpretativa del diritto» (4). Crede che la mia versione di questa fallacia consista nella seguente supposizione: che poiché il concetto dottrinale di diritto è un concetto interpretativo la migliore concezione delle condizioni di verità delle proposizioni del diritto debba essere essa stessa interpretativa, cioè, che le proposizioni del diritto siano vere quando seguono dalla migliore interpretazione della massa del pertinente diritto valido.

E' chiaro che questa è una fallacia. Ma ha bisogno di un nuovo nome perché non ne sono colpevole, e in realtà mi sono dato da fare per mettere in guardia contro di essa. Credo che il

concetto dottrinale di diritto sia un concetto interpretativo, e credo anche che le condizioni di verità del diritto siano interpretative in quello stesso senso. Ma non credo che la seconda di queste credenze segua dalla prima. Al contrario, dedico tre capitoli del mio "L'impero del diritto" a considerare altre teorie molto differenti sulle condizioni di verità delle proposizioni del diritto che ritenevo coerenti col trattare il concetto dottrinale come interpretativo. Una di queste è una forma di pragmatismo giuridico, la teoria che discuto più ampiamente nei capitoli precedenti. Un'altra l'ho chiamata convenzionalismo, ed è una versione di positivismo giuridico proposta nello spirito che ho descritto nel Capitolo 6, cioè essa stessa come un'interpretazione della prassi odierna. Ho sostenuto che è migliore la mia risposta interpretativa alla questione posta allo stadio dottrinale della teoria giuridica perché fornisce la migliore interpretazione, non perché il concetto dottrinale sia esso stesso un concetto interpretativo.

Il sorprendente fraintendimento di Green è spiegato meglio come un sintomo di una persistente infezione da assillo semantico. Egli discute a lungo una disputa filosofica fra ciò che chiama una concezione «tradizionalista» e una concezione «realista» dei concetti di oro, acqua e tigre. La prima concezione tratta questi concetti come criteriali, la seconda controbatte che non sono criteriali ma funzionano piuttosto come concetti di tipo naturale. Evidentemente Green presuppone che questa sia una disputa su come dovrebbero essere intesi "tutti" i concetti. In questo modo dice che io rendo «gli argomenti sul significato simili a quelli dei realisti allo scopo di attaccare la posizione giurisprudenziale, secondo la quale il diritto si esaurisce nell'accordo o nella convenzione» (5). Questo non è corretto, e il fraintendimento è importante. Ho effettivamente rifiutato una concezione criteriole del concetto dottrinale di diritto. Ma non ho adottato per tale concetto una semantica di tipo naturale; nel Capitolo 6 di questo libro ho esplicitamente rifiutato un'interpretazione di tipo naturale di ognuno dei concetti di diritto. Ho detto, invece, che il concetto dottrinale è interpretativo, come altri concetti politici importanti.

- "Raz sul concetto di diritto".

Nel Capitolo 7 ho considerato Joseph Raz fra i più importanti positivisti dottrinali analitici contemporanei e ho spiegato quali errori scorgo nel suo tentativo di difendere il positivismo. Dal tempo in cui ho scritto quel saggio, Raz ha pubblicato una complessa analisi della sua metodologia filosofica con il titolo intrigante di "Can There Be a Theory of Law?", nella quale solleva un gran numero di interessanti questioni concettuali. Dice che la teoria giuridica è «un'esplorazione della natura del diritto» che prende la forma di una spiegazione del concetto di diritto e che perciò deve soddisfare una serie di requisiti, uno dei quali è «fissare le condizioni della conoscenza implicata in una completa padronanza del concetto, la quale è la conoscenza di tutte le caratteristiche essenziali della cosa di cui è un concetto, vale a dire le caratteristiche essenziali del diritto» (6).

Raz non distingue, né in questa descrizione del suo progetto né nell'esecuzione di esso, fra i concetti sociologico e dottrinale del diritto. Al contrario, sebbene riconosca la distinzione, confonde esplicitamente i concetti sostenendo che la sua analisi della spiegazione di un concetto vale per entrambi. «Qui e in ciò che segue - dice - userò 'diritto', come si fa spesso, in riferimento qualche volta a un sistema giuridico e qualche volta a una regola del diritto, o a un'affermazione di come è il diritto riguardo a un punto particolare. Qualche volta userò la parola in maniera ambigua in riferimento all'uno o all'altro, dato che non interessa ai fini della discussione di questo capitolo in quale modo sia inteso» (7). Raz pensa che entrambi i concetti siano dello stesso tipo e che debbano essere esplorati filosoficamente nello stesso modo. Di conseguenza la sua metodologia è errata riguardo ad entrambi.

E' errata in relazione al concetto sociologico perché esso non è sufficientemente preciso da produrre «caratteristiche essenziali» filosoficamente interessanti. Come ho detto, il concetto sociologico, come i concetti di matrimonio, meritocrazia, pugilato e altri di tipo criteriale che usiamo per descrivere accordi sociali, ha un margine troppo grande per farlo: i suoi confini sono troppo flessibili per sostenere un'indagine filosofica sulle caratteristiche essenziali. Si

supponga che i nostri antropologi raccontino di una struttura sociale in cui i funzionari decidano chi ha quello che chiamano il migliore argomento morale nelle controversie personali, e in cui altri funzionari usano la forza per costringere ogni parte restia a obbedire a queste decisioni. Le nostre prassi linguistiche condivise non ci impongono di dire né che quel sistema costituisca un sistema giuridico, né che non lo faccia. Forse gli scienziati sociali farebbero bene, per i loro fini di predizione o spiegazione, a stipulare una definizione più precisa di sistema giuridico che risolva tale questione. Ma non c'è alcuna ragione che lo facciano i nostri giuristi o cittadini generici: non ci viene alcun vantaggio da come facciamo la classificazione.

La metodologia di Raz non è appropriata al concetto dottrinale per una ragione differente: non perché non si interessa se i nostri funzionari decidano che la signora Sorenson abbia un diritto giuridico al risarcimento dei danni in base alle quote di mercato -ovviamente ci interessa molto - ma perché il concetto dottrinale è interpretativo. Due giuristi che sono chiaramente in disaccordo su ciò che il diritto richiede in varie circostanze potrebbero tuttavia conoscere entrambi ugualmente bene il concetto di diritto. Almeno uno di loro è in errore riguardo al diritto, ma è in errore perché sono in errore i suoi argomenti giuridici, non perché intenda meno bene rispetto al suo rivale il concetto di «come è il diritto su un aspetto specifico». Così non possiamo dire che la teoria giuridica dovrebbe identificare la natura essenziale di ciò che i giuristi, mostrandone la conoscenza rispettiva, convergono a identificare come diritto. Il positivismo dottrinale analitico fa notare che le opinioni dei giuristi normalmente si sovrappongono in misura considerevole: generalmente c'è una larga area del diritto basato sulle fonti che è da loro considerata in quel momento come non controversa. Esso allora dichiara che quest'area di sovrapposizione esaurisce l'estensione del concetto dottrinale di diritto e annuncia che la natura essenziale del diritto così identificata è basata sulle fonti. Questa è un'invenzione artificiosa e circolare, non la scoperta di una natura essenziale. Evidentemente Raz presuppone che i concetti sociologico e dottrinale del diritto funzionino nel nostro pensiero come qualcosa di analogo ai

concetti di tipo naturale. Questo presupposto spiega perché consideri non importante distinguere fra questi due concetti di diritto nella sua analisi e perché, nella sua generale discussione delle teorie dei concetti, prenda come esempio i concetti di tipo naturale: in particolare il concetto di acqua che i filosofi che indagano i concetti di tipo naturale hanno usato come caso standard. Questo è il segno dell'assillo semantico allargato. Raz ritiene l'analisi concettuale importante perché, come dice, «in larga misura quello che noi studiamo quando studiamo la natura del diritto è la natura della nostra propria autoconsiderazione [...]. Tale coscienza è parte di ciò che studiamo quando indaghiamo la natura del diritto» (8). Sono scettico su questa affermazione di "jurisprudence" analitica (che ritengo sopra le righe): se vogliamo studiare la nostra autoconsapevolezza faremo molto meglio a rivolgerci alla letteratura, alla politica, alla biografia, alla psicologia del profondo e alla scienza sociale. Riflettiamo sul carattere del diritto per sapere cosa dobbiamo fare, non per sapere chi siamo. Ma per quanto Raz abbia ragione a pensare che la "jurisprudence" sia una lente nelle nostre mani, l'assillo semantico produce una terribile deformazione.

Nel suo saggio metodologico Raz affronta svariate altre questioni interessanti sui concetti di diritto. Parla, ad esempio, del «nostro» concetto di diritto e suppone che sia differente da altri concetti di diritto: dal concetto medievale, ad esempio, o dal concetto di diritto di qualche odierna cultura aliena. Non intende solo che abbiamo differenti atteggiamenti o aspettative del diritto, o differenti credenze generali sulla sua importanza, sul suo valore o origine: queste importanti differenze, dice, sono per il sociologo della cultura o per lo studioso di storia intellettuale, non per il filosofo del diritto. Ancora una volta, comunque, il suo errore nel distinguere il concetto sociologico da altri concetti di diritto inficia la sua discussione. Poiché quello sociologico è un concetto criteriale impreciso, è abbastanza chiaro come il concetto sociologico medievale possa essere stato piuttosto diverso dal nostro. La gente allora avrebbe potuto tracciare le divisioni, spesso arbitrarie, fra tipi di organizzazione sociale in modo piuttosto diverso dal modo in cui lo fa la maggior parte di noi, o forse la maggior parte dei nostri scienziati sociali. Forse per loro le abituali pratiche dei

mercanti in una particolare città mercantile rientravano nella stessa categoria insieme al diritto di uno Stato politico, mentre la maggior parte di noi le porrebbe entro differenti categorie e chiamerebbe «diritto» solo le ultime. In questo fatto potrebbe esserci molto interesse storico, ma poco interesse filosofico. Ma cosa potrebbe significare dire che il nostro concetto dottrinale di diritto è diverso da quello medievale? Se il nostro concetto dottrinale funzionasse come un concetto di tipo naturale, come Raz qualche volta suggerisce, sarebbe difficile vedere cosa potrebbe significare. Se i parlanti di quel periodo storico avessero usato un omonimo di «acqua» per riferirsi a ogni liquido potabile incolore, compresi l'acqua e la vodka, senza usare una parola a sé per riferirsi all'acqua, non avrebbero avuto un concetto di acqua diverso dal nostro. Non avrebbero avuto proprio nessun concetto di acqua. Se usavano «acqua» per riferirsi all'acqua, ma non conoscevano (come la maggior parte di noi non conoscono) la composizione chimica dell'acqua, avrebbero avuto lo stesso il «nostro» concetto (cioè "il" concetto) di acqua, pur sapendone meno di alcuni di noi. Se, come credo, il concetto dottrinale è interpretativo, allora sarebbe anche fuorviante dire che il periodo medievale aveva un differente concetto di diritto. Forse avevano idee molto diverse su quali generi di cose comparissero nella migliore interpretazione di ciò che richiede il diritto, proprio come avevano sicuramente idee molto diverse su ciò che conta nel decidere cosa richiede la giustizia. Ma non avrebbero avuto un diverso concetto di diritto più di quanto avessero un diverso concetto di giustizia.

Raz discute l'ulteriore questione se una teoria dottrinale del diritto -un resoconto delle condizioni di verità delle proposizioni del diritto -debba essere provinciale, confezionata solo per un sistema giuridico o per un gruppo di sistemi del genere molto simili l'uno all'altro, o se possa essere universale. Se una teoria dottrinale è interpretativa della prassi giuridica, può non esserci una risposta facile a questa ultima questione. Possiamo rendere molto dettagliata la spiegazione interpretativa delle nostre prassi, nel qual caso sarebbe sicuramente sensato mettere in evidenza quella parte della nostra prassi che è a noi specifica (ad esempio le nostre regole e prassi del precedente). O possiamo rendere la nostra

spiegazione molto più astratta, nel qual caso avrebbe un'applicazione più ampia. Raz dice che «la teoria del diritto di Dworkin era provinciale fin dall'inizio» (9). Ha in mente l'osservazione che ho fatto nell'"Impero del diritto" secondo la quale una teoria del diritto per noi è una teoria del nostro diritto; intendevo dire che la teoria svolta in dettaglio in quel libro è confezionata sulle nostre prassi locali e potrebbe non accordarsi con quelle di altre comunità politiche (10). In questo modo, se la caratterizzazione delle mie concezioni fatta da Raz è corretta dipende da cosa intenda con «mia» teoria del diritto: più considera astratta la mia teoria, meno accurata è la sua osservazione.

Quanto può essere universale una teoria interpretativa della dottrina giuridica? Si supponga che intenda costruire un'interpretazione della prassi giuridica che si accordi con tutto ciò che per noi rientra nel nostro concetto sociologico di diritto. Quanti dettagli potrebbe contenere questa interpretazione fortemente astratta? Forse molto pochi: magari una volta avviato il processo ogni passo interpretativo che facciamo rende automaticamente più provinciale la nostra concezione interpretativa. Possiamo trovare, ad esempio, che solo giustificazioni che si adattano con ciò che riteniamo essere una prassi giuridica in un qualche luogo remoto producano, allo stadio dottrinale, una teoria positivista delle funzioni di verità del diritto. Ho ricordato questa possibilità nell'"Impero del diritto": anzi, ho immaginato che la migliore interpretazione anche delle nostre prassi giuridiche potrebbe produrre quello che ho chiamato «convenzionalismo» (11). Niente nel concetto dottrinale di diritto lo esclude, né, ovviamente, lo richiede. Così ritengo che la migliore risposta alla domanda se la mia teoria del diritto sia intesa come universale o provinciale sia: entrambe.

Raz solleva ancora un altro interessante problema. Chiede se possa esserci diritto in senso sociologico in luoghi che non hanno il concetto di diritto. Può certamente esserci diritto in luoghi dove il concetto sociologico è sconosciuto. Non è necessario che chiunque in una comunità comprenda che un sistema giuridico è una forma distinta di organizzazione sociale, né tantomeno che abbia un'idea di quali caratteristiche si potrebbe pensare che lo contraddistinguono rispetto ad altre

forme, perché quella comunità abbia un sistema giuridico. Ma può esservi diritto dove nessuno ha il concetto dottrinale, cioè dove nessuno comprende l'idea che qualcosa è richiesto, proibito o permesso in virtù di una prassi in quel senso? Questo è un problema sui confini del concetto sociologico. Immaginate (se ci riuscite) una comunità politica dove persone in toga nera esercitano un monopolio del potere coercitivo, altre persone elette dal popolo stabiliscono ciò che presentano come sagge deliberazioni che la gente deve seguire, e le persone in toga nera fanno diventare una prassi, senza interesse all'efficienza, seguire nei loro verdetti queste sagge deliberazioni. Ma nessuno pensa che le persone in toga nera siano "tenute" a fare questo. Lo fanno e basta, e le persone si organizzano di conseguenza, e sebbene qualche volta le persone in toga nera sorprendano i cittadini, questi eventi sono considerati come colpi della cattiva sorte, simili agli uragani. I membri di questa comunità non hanno il concetto dottrinale di diritto: di loro non possiamo dire, come ho detto di noi nell'"Impero del diritto", che assumono un atteggiamento interpretativo alla questione di cosa le loro prassi esigano da loro e dai loro funzionari. Ma "noi" abbiamo il concetto dottrinale e lo possiamo sensatamente mettere al lavoro nelle loro circostanze. Ho detto, nell'«Introduzione», che sebbene il nostro concetto sociologico di diritto sia criterio e impreciso, ha pur sempre dei confini, e uno di questi richiede che debba essere sensato supporre che diritti, doveri, e altre relazioni normative, possano essere attribuiti a ciò che consideriamo un sistema giuridico. Le persone nella comunità che ho immaginato non possono farlo da sé, ma noi possiamo farlo per loro. Possiamo dire che esse effettivamente hanno diritti e doveri giuridici, che i loro funzionari non solo sorprenderebbero la gente ma le negherebbero ciò che ha diritto ad avere se smettessero improvvisamente di applicare le sagge deliberazioni annunciate formalmente nel novero delle deliberazioni sagge. Possiamo dire che queste persone hanno un sistema giuridico nonostante se stesse e fare le nostre dichiarazioni su ciò che il loro diritto richiede in circostanze particolari. Tutte queste tesi sarebbero sicuramente soltanto accademiche e inutili, a prescindere dal loro interesse filosofico: non avrebbero alcun effetto sul loro comportamento.

Tuttavia, le tesi non sarebbero insensate.

Potrebbero essere anche giuste? Questo è un difficile problema di teoria morale. Ci richiede di indagare complesse connessioni fra atteggiamenti e diritti, questioni che affrontiamo, ad esempio, quando consideriamo se le donne possono avere diritti di trattamento equo in una comunità in cui nessuno, donne comprese, nemmeno contempla questi diritti, o in una comunità ancora più primitiva in cui i diritti stessi sono sconosciuti. Non intendo sollevare adesso questi difficili problemi ma solo mostrare la complessità delle questioni giurisprudenziali che emergono quando abbiamo cura di separare i distinti concetti di diritto.

- "I concetti di diritto di tipo dottrinale e tassonomico".

Adesso affronto i differenti problemi che sorgono quando i filosofi del diritto non distinguono a sufficienza il concetto dottrinale dal concetto tassonomico di diritto. Una serie di studiosi recentemente ha suggerito che io abbia presentato due argomentazioni radicalmente differenti per criticare il positivismo giuridico analitico: la prima in una serie di articoli che divennero il mio libro del 1977, "I diritti presi sul serio", la seconda nel mio libro del 1986, "L'impero del diritto". In un saggio recente Scott Shapiro, attratto dal positivismo analitico, dice che nella sua prospettiva i positivisti giuridici «sono riusciti a smussare la forza» delle mie argomentazioni iniziali, ma che nessuno ha ancora fornito una replica efficace a quelle successive e quindi la mia critica complessiva del positivismo rimane senza risposta (12). In una lezione pubblica, che ha fatto circolare ma non ancora pubblicato, Jules Coleman ha ammesso che il tipo di argomentazioni avanzate nel Capitolo 7 di questo libro abbiano mostrato che la sua concezione convenzionalistica del diritto non è una risposta soddisfacente alle mie argomentazioni successive, ma dice che nondimeno il Capitolo 7 è «imbarazzante» perché rifiuto di ammettere che lui e gli altri hanno risposto efficacemente alle mie argomentazioni iniziali (13). Nella sua recente biografia di H.L.A. Hart, Nicola Lacey suggerisce che anche Hart pensava

che io avessi «alzato la posta» della discussione con lui nel mio libro del 1986 e che fino alla sua morte non sapesse come rispondere alle nuove argomentazioni che avevo proposto (14). In una recensione della biografia di Lacey, un altro positivista giuridico, John Gardner, dice che Hart era abbastanza sicuro di come replicare alle mie argomentazioni iniziali, ma che lo avevo «disorientato» nell'Impero del diritto" introducendo argomenti di «filosofia prima» che Hart non era intellettualmente equipaggiato ad affrontare (15).

Questo riconoscimento da parte dei principali filosofi positivisti che non è stata data ancora risposta alla critica fondamentale alla loro posizione è benvenuto e dovrebbe migliorare la discussione. Ma non credo che le mie argomentazioni successive siano differenti da quelle iniziali per qualche aspetto rilevante. Shapiro distingue nel modo seguente i due insiemi di argomentazioni. Quelle successive sfidano il positivismo a spiegare il disaccordo giuridico: fanno notare che i giuristi sono spesso in disaccordo su cosa è diritto in relazione a una certa materia, anche se sono d'accordo su tutti i fatti storici che i positivisti citano come soddisfacenti le condizioni di verità delle proposizioni del diritto. Invece le mie argomentazioni precedenti vertevano essenzialmente su un aspetto tassonomico: che i principi morali spesso citati dai giudici per giustificare le loro decisioni giuridiche (come il principio che nessuno dovrebbe trarre profitto da un proprio illecito, che compare nel caso "Riggs v. Palmer" discusso nei Diritti presi sul serio) sono anche principi giuridici e che i positivisti tassonomici sono perciò in errore nel separare i principi giuridici da quelli morali. Shapiro dice che si è risposto alla mia argomentazione iniziale così intesa nei due modi descritti nel Capitolo 7: da parte dei positivisti «inclusivi» come Coleman, i quali sostengono che i principi morali divengono principi giuridici solo quando sono definiti come giuridici da principi giuridici più basilari che non includono principi morali; e, alternativamente, dai positivisti «esclusivi» come Raz, che negano che ogni principio che svolge un ruolo in un'argomentazione giuridica sia solo per questa ragione un principio giuridico.

Se Shapiro avesse ragione nell'interpretare le mie argomentazioni antecedenti all'"Impero del diritto" come

tassonomiche in quel modo, allora queste sarebbero davvero repliche adeguate. Dopo tutto, come ho detto nell'«Introduzione» e prima in questo capitolo, i giudici devono spesso usare l'aritmetica nel decidere quali obblighi giuridici abbia la gente, sebbene, almeno nel modo in cui parla la maggior parte di noi, le regole dell'aritmetica non sono regole giuridiche. Temo che buona parte di ciò che ho detto in un articolo pubblicato nel 1967 abbia incoraggiato il modo in cui Shapiro intende la mia argomentazione (16). Ma la sua lettura è nondimeno scorretta, come ho fatto notare in un articolo pubblicato nel 1972. Parlando del mio articolo del 1967, ho detto: «La mia opinione non era che 'il diritto' contenga un numero fisso di standard alcuni dei quali sono norme e altri principi. In effetti, voglio oppormi all'idea che il diritto' sia un insieme fisso di standard di qualunque genere. La mia opinione era, piuttosto, che un resoconto accurato delle considerazioni che i giuristi debbono tenere presenti nel decidere una particolare questione sui diritti e doveri giuridici, includerebbe affermazioni che hanno la forma e la forza di principi, e che giudici e giuristi stessi, giustificando le loro conclusioni, spesso usano affermazioni che debbono essere interpretate in quel modo» (17).

Il mio obiettivo, in altre parole, era il positivismo dottrinale, non quello tassonomico. Ho proposto l'argomento dottrinale che non possiamo capire l'argomentazione e la controversia giuridica se non in base al presupposto che le condizioni di verità delle proposizioni del diritto includono considerazioni morali. Non intendo proporre, dicevo, il fallace argomento tassonomico che qualsiasi cosa compaia in quelle condizioni di verità dovrebbe essere considerato come appartenente a un insieme distinto di regole o principi detti giuridici. Penso di essere stato chiaro sul mio obiettivo nei miei scritti sul positivismo da quel periodo in poi. Perciò non credo che le repliche che mi ritengono sviluppi un'affermazione tassonomica forniscano realmente una risposta a tutti gli argomenti che ho effettivamente proposto. Forse è stata persa una gran quantità di tempo.

Negli ultimi decenni, la mancata distinzione fra i concetti di diritto di tipo tassonomico e dottrinale può aver causato danni anche maggiori alla teoria giuridica. Raz ha chiarito la

sua posizione in un altro importante articolo, che non era ancora pubblicato quando scrissi il Capitolo 7 (18). Sostiene che dato che i giudici sono esseri umani, sono soggetti sempre alle richieste della morale come ogni essere umano in ogni cosa che fa, compreso decidere dei casi. Una delle responsabilità del giudice nelle normali circostanze è applicare il diritto che è stato formulato dalle autorità competenti, e questa responsabilità normalmente eclissa altri tipi di responsabilità morale che avrebbe in assenza del diritto pertinente. Ma l'eclisse può essere parziale: la luce morale può continuare a risplendere sul problema attraverso e intorno al diritto che queste autorità hanno creato.

Raz usa la Costituzione americana per illustrare un modo in cui l'eclisse del diritto può essere soltanto parziale. Il Primo Emendamento, dice, consente alle richieste morali generate da un diritto morale di libertà di parola di restare vincolanti per i giudici nonostante le promulgazioni legislative che hanno la pretesa di escludere quel diritto morale. Non dovremmo dire, ribadisce, che l'emendamento incorpora un principio morale che tutela la libertà di parola e lo rende un principio giuridico. Piuttosto dovremmo dire che l'emendamento indirizza i giudici a ragionare moralmente sul problema se dovessero rifiutarsi di applicare una legge particolare perché viola quel particolare diritto morale. Sintetizza questo punto in una distinzione e in un'analogia. Dovremmo distinguere, dice, fra il ragionamento sul diritto e il ragionamento secondo il diritto. Quando i giudici concludono che il Primo Emendamento richiede loro di decidere questioni morali sulla libertà di parola, essi stanno ragionando sul diritto. Quando affrontano quelle questioni morali, non stanno più ragionando su ciò che è il diritto ma stanno ragionando su come il diritto li indirizza a ragionare. Se accade un incidente in Grecia, ma l'azione legale è intrapresa in Polonia, il diritto polacco può indirizzare i giudici polacchi a ragionare sul diritto greco nel raggiungere la loro decisione. Ma sarebbe fuorviante dire che allora il diritto greco è divenuto parte del diritto polacco.

La strategia di Raz differisce da quella di Coleman per un aspetto eclatante: secondo Coleman i giudici sono vincolati dalla morale solo nella misura in cui il diritto incorpora la morale, mentre secondo Raz i giudici sono vincolati dalla

morale eccetto nella misura in cui il diritto la escluda. Ma anche se consideriamo che Raz sta difendendo il positivismo dottrinale, la sua strategia è sconfitta dagli stessi fatti che creano imbarazzo a Coleman. Può difendere il positivismo dottrinale solo supponendo che l'impatto del diritto sugli obblighi morali del giudice (il grado di eclisse controllato dal diritto) possa esso stesso essere determinato senza considerare la morale. Questo spiega presumibilmente perché dice che «si assume generalmente» che il Primo Emendamento si riferisca a «un diritto morale di libertà di parola» (19). Suppone che questa interpretazione sia stabilita da canoni di interpretazione costituzionale accettati sostanzialmente da tutti i giuristi americani, così che non abbiamo bisogno di appellarci ad alcun principio morale per stabilire che l'interpretazione è corretta. Ma è vero il contrario. Molti giuristi, me compreso, credono che il Primo Emendamento faccia dipendere la validità delle leggi da un diritto morale (20). Ma parecchi altri giuristi rifiutano questa concezione. Credono che il Primo Emendamento richieda ai giudici di applicare la libertà di parola non come un principio morale ma come un fatto storico: che i giudici siano legalmente e moralmente vincolati ad applicare la concezione della libertà di parola che era riconosciuta al tempo in cui il Primo Emendamento fu approvato (21). Così un giudice che ha a che fare con una sfida al Primo Emendamento deve scegliere fra queste interpretazioni rivali della forza dell'emendamento, e, come spiego nel Capitolo 6, deve fare tale scelta sulla base della morale politica. Giudici che abbracciano concezioni differenti sulla natura e le virtù della democrazia intenderanno in modi assai diversi il ruolo di una costituzione in una società democratica, e le loro concezioni su tale questione morale determineranno se essi interpretano il Primo Emendamento in uno di questi modi invece che in un altro. L'argomento su come interpretare le clausole costituzionali non finisce in una regola basata sulle fonti: è del tutto un argomento di morale politica.

In questo modo la strategia di Raz, come quella di Coleman, non riesce a salvare il positivismo dottrinale da un fatto che entrambe ammettono: cioè che i giudici spesso ragionano sulla morale nel formulare i loro giudizi. Non è

chiaro, comunque, se Raz voglia salvare il positivismo dottrinale. La sua analogia preferita ne mostra il motivo. Sembrerebbe in realtà strano dire che il diritto greco sul danno sia parte del diritto polacco. Ma il diritto greco sicuramente compare nelle condizioni di verità della proposizione che nel diritto polacco un particolare imputato polacco è legalmente citabile da parte di un querelante greco per danni causati da un incidente nel Pireo. I giudici polacchi potrebbero non raggiungere una conclusione corretta sullo stato del diritto polacco su questa particolare questione di responsabilità senza prendere in considerazione il diritto greco.

E' lo stesso con la morale. Lasciateci supporre, contrariamente ai fatti, che Raz abbia ragione nel pensare che i giuristi siano tutti d'accordo che il Primo Emendamento legghi la validità delle leggi alla migliore interpretazione del diritto morale alla libertà di parola. Si supponga inoltre che il Congresso abbia promulgato una legge che impedisca ai candidati per cariche federali di spendere nelle loro campagne più di certe somme stabilite. Ora si consideri la proposizione del diritto che a John Kerry fu proibito legalmente di spendere più della somma stabilita per la sua campagna presidenziale (22). Secondo Raz la verità o la falsità di questa proposizione dipende dalla fondatezza del giudizio morale che il Congresso aveva violato la libertà di parola quando aveva promulgato quel regolamento. Non importa come poniamo la questione: se diciamo che in virtù del Primo Emendamento il diritto non impedisce alla morale di avere questo impatto, o che il Primo Emendamento indirizza la morale ad avere questo impatto. Sia la formulazione negativa sia la formulazione positiva della posizione di Raz ha la conseguenza che la verità di questa proposizione del diritto (e certamente di schiere di altre proposizioni del diritto) dipende dalla corretta soluzione di una questione morale.

Possiamo immaginare gli argomenti che dicono che la posizione di Raz è coerente con un positivismo dottrinale, ma nessuno di questi ha successo. Non aiuterebbe dire che il Primo Emendamento indirizza soltanto i giudici a ragionare sulla morale in un modo o in un altro e non a ragionare bene, come se un'analisi morale falsa e raffazzonata assolvesse il giudice dal suo dovere allo stesso modo di un'analisi corretta e

sofisticata. Questo non è, in base ad ogni possibile interpretazione, ciò che dice il Primo Emendamento. Né c'è qui alcuno spazio per una distinzione fra il diritto del contendente alla migliore lettura morale e il suo diritto a una particolare lettura perché è la migliore. Non possiamo dire che ha legalmente diritto alla migliore lettura in astratto ma che, poiché l'accertamento della migliore lettura richiede un ragionamento morale, non ha legalmente diritto ad alcuna lettura concreta particolare. I diritti e gli obblighi, diversamente dagli atteggiamenti proposizionali, forniscono un contesto che è trasparente alla sostituzione: se un politico ha legalmente diritto alla migliore interpretazione della libertà di parola, e se la migliore interpretazione condanna la legge che limita le spese della campagna elettorale, allora ha legalmente diritto a spese illimitate (23). E non sarà di aiuto dire che la proposizione che ho citato, riguardante il fatto che John Kerry non avesse diritto a spese illimitate, non è realmente una proposizione del diritto del tipo di quelle che hanno in mente i positivisti dottrinali: che questa è soltanto una proposizione singolare, non qualcosa che ha la natura di regola del diritto. Possiamo rendere la proposizione che ho citato sempre più astratta e generale (ad esempio, che nel diritto americano i candidati politici hanno diritto a spese illimitate) fino a che essa abbia tutta la generalità di una comune regola del diritto.

Così il positivismo «esclusivo» di Raz non può in fin dei conti essere un positivismo dottrinale. Può darsi che egli non voglia difendere la tesi che come questione concettuale i diritti e i doveri giuridici possono spesso essere accertati senza riflessione morale semplicemente consultando le «fonti». Può darsi invece che sia un positivista tassonomico. Un argomento che conduce a una particolare conclusione del diritto implica tipicamente tante proposizioni diverse: rapporti su ciò che hanno fatto le principali istituzioni legislative, informazioni sulle istituzioni legislative parallele di altre giurisdizioni, affermazioni su fatti economici, sociali o storici o su circostanze personali, presupposti di carattere aritmetico, principi e osservazioni morali, e così via. Un positivista tassonomico insiste sulla distinzione fra tutte queste proposizioni: la distinzione fra quelle che descrivono e quelle che non descrivono «il diritto» della giurisdizione in questione.

Un positivista tassonomico «inclusivo» dice che talvolta (quando sono stati propriamente incorporati) principi morali di vario genere costituiscono parte del «diritto», e un positivista tassonomico «esclusivo» lo nega.

Si tratta di un argomento degno di rilievo? E' ovviamente importante cosa noi consideriamo rilevante per decidere quali diritti e doveri giuridici hanno la gente e i funzionari. Ma non c'è niente di importante in quale parte di ciò che è rilevante descriviamo come «il diritto». Perché non dovremmo dire che abbiamo un margine considerevole nel fare questa scelta linguistica così che sono accettabili sia la lettura «inclusiva» sia la lettura «esclusiva»? Sarebbe davvero strano dire che i principi aritmetici sono parte del diritto del Massachusetts; un giudice che calcola i danni supponendo che cinque più sette faccia undici commette, vogliamo dire, un errore matematico e non giuridico. Possiamo spiegare questa preferenza linguistica in tanti modi diversi: l'aritmetica non è assolutamente una caratteristica speciale del diritto e sicuramente non del diritto di una particolare giurisdizione; quindi sarebbe almeno assai fuorviante, sebbene non incomprensibile, dire che essa appartiene al diritto del Massachusetts. Possiamo anche spiegare la nostra riluttanza a dire che il diritto greco diviene parte del diritto polacco quando un incidente greco è dibattuto in una corte polacca. Vogliamo la nostra dizione per riconoscere che il diritto greco ha posto nelle corti polacche soltanto in circostanze molto limitate e che il contenuto anche di quella parte del diritto greco pertinente deve essere accertata nei casi di danno interpretando la legislazione e la prassi greche, non quelle polacche. Comunque alcune scelte terminologiche sembrano molto più equilibrate di questi esempi. Si supponga che la prassi giuridica in una giurisdizione dia effetto giuridico alle prassi e aspettative tradizionali del costume dei mercanti così che quali sono i diritti giuridici mercantili dipenda spesso da qual è questo costume. Diremo che questo costume è parte del diritto o no? Entrambe le scelte sarebbero difendibili, e non sarebbe importante quale scelta facciamo.

Quando principi morali particolari (come il mio esempio precedente del principio che nessuno dovrebbe trarre profitto da un proprio illecito) sono stati citati e vi si è fatto spesso

affidamento in una particolare giurisdizione giuridica, e particolarmente quando sono ignorati o citati molto meno nelle altre giurisdizioni, allora siamo tentati di dire che questi principi sono divenuti parte del diritto di quella giurisdizione. Ma questa locuzione rischia di cadere nell'errore su cui ho richiamato l'attenzione nei rilievi del 1972 citati prima: l'errore di supporre che il «diritto» di una comunità consista in un corpo finito di regole, principi e altri standard che potrebbero in teoria essere tutti elencati e contati. Così suppongo che se dovessi scegliere opterei per il positivismo tassonomico esclusivo, sebbene il mio cuore non sia lì. Entrambe le scelte andranno bene se abbiamo cura di evitare gli errori che ognuna potrebbe incoraggiare.

Raz non è d'accordo, e buona parte del suo saggio recente è dedicata a cercare di mostrare che il dibattito tassonomico è importante. Non pretende che l'espressione «parte del diritto» descriva un genere naturale: che sarebbe lo stesso tipo di errore supporre che i principi morali sono parti del diritto come lo sarebbe supporre che alcuni cani sono parte dell'essere tigre. Al contrario, ammette che è «particolarmente vaga» la linea fra standard che sono divenuti parte del diritto e quelli che non sono parte del diritto, ma che nondimeno il diritto richiede siano «seguiti» (24). Pensa tuttavia che sia necessario ribadire che anche quando i principi morali sono fra le condizioni di verità di affermazioni su diritti e doveri giuridici, non devono comunque essere considerati parte del diritto. Presenta due ragioni. In primo luogo, dice, il diritto è contingente (può non esistere) ma la morale non può non esistere. In secondo luogo, in una comunità che ha il diritto ci sono (o almeno ci possono essere) diritti e doveri morali che non sono diritti e doveri giuridici. Così ci deve essere un confine fra il diritto e la morale.

Nessuna di queste ragioni è di grande rilievo. Se decidessimo di dire che il principio che la gente non dovrebbe trarre profitto dai propri danni è parte del diritto di New York, non staremmo negando che il diritto è contingente o che la morale non è contingente. Potremmo aggiungere in modo perfettamente coerente che il principio sarebbe ancora vero anche se non fosse parte del diritto di New York e, anzi, anche se non ci fosse alcun diritto di New York. Né se decidessimo di

dire che neghiamo che ci siano altri principi morali che non sono parti del diritto di New York, o che ci sia una differenza fra il diritto e la morale. Quando diciamo che John Donne rese certe parole parti della sua poesia, non neghiamo che ci siano parole che egli non rese parti della sua poesia o che ci sia una differenza fra il concetto di poesia di Donne e il concetto di parola.

Matthew Kramer, che si ritiene un positivista tassonomico inclusivo, dice che sebbene la controversia inclusivo/esclusivo sia iniziata come una discussione sul miglior modo di rispondere alle mie critiche al positivismo, ha assunto vita propria (25). Questo è in un certo senso uno sviluppo benvenuto, perché nessuna versione di positivismo tassonomico da alcuna risposta alle mie critiche del positivismo dottrinale. Come hanno detto Shapiro, Coleman e altri positivisti, questa risposta non è stata ancora data, ammesso che possa esser data. Ma la discussione di per sé è sconcertante. E' triste che l'importante tradizione giurisprudenziale di Bentham, Austin, Holmes e Hart adesso si sia fissata in un dibattito su qualcosa di così scolastico. Comunque non tutto il male viene per nuocere. Può essere un segnale che non c'è più molto interesse, ad esempio, a difendere la proposizione che Hart era una volta così ansioso di formulare: che come questione concettuale la validità delle affermazioni del diritto dipende soltanto da fatti sociali, e non morali. Il positivismo dottrinale prospera, ma nella sua forma politica, non in quella analitica.

9. RAWLS E IL DIRITTO.

- "Rawls come filosofo del diritto".

E' un segno della grandezza di John Rawls come filosofo politico che il mio argomento, «Rawls e il diritto», possa essere affrontato in tanti modi. I politici in tutto il mondo citano le sue idee e i giudici, non solo americani, si richiamano al suo lavoro, così che potremmo parlare dell'impatto che ha già avuto sul diritto in diversi paesi. O potremmo considerare il suo impatto potenziale: potremmo chiederci, ad esempio, quali cambiamenti nel diritto tributario americano o nel diritto sulla colpa civile ["tort law"] imporrebbe il suo famoso principio di differenza. Tali questioni sono in realtà fra quelle già indagate. Ma potremmo anche esaminare il suo impatto in altre direzioni. Potremmo chiederci quanto fosse importante ai fini della teoria della giustizia di Rawls che egli abbia vissuto e lavorato in una comunità politica governata dal diritto come la nostra, in cui alcune questioni politiche cruciali (questioni, se volete, di libertà basilari e di fondamenti costituzionali) sono allontanate dalla politica ordinaria e riservate all'interesse esclusivo delle corti.

Ho intenzione di parlare di Rawls e del diritto in maniera diversa: di Rawls come filosofo del diritto e anzi come giurista. Egli non si considerava un filosofo del diritto, e sebbene nel suo lavoro ci siano diverse importanti discussioni del diritto, alcune delle quali avrò occasione di menzionare, ha dato i maggiori contributi alla teoria giuridica attraverso la sua filosofia politica, perché la teoria giuridica è un settore della filosofia politica e Rawls ha scritto in astratto sull'intera disciplina. Qui voglio in breve identificare ma anche valutare quegli aspetti della teoria della giustizia di Rawls che interessano direttamente le questioni tradizionali della

"jurisprudence".

Inizierò con un breve elenco di tali questioni tradizionali. Ogni teoria giuridica generale deve rispondere a quella sostanziale. Ma questo vecchio problema in realtà pone due questioni differenti. La prima è di ordine metodologico: quale tipo di teoria rappresenta una risposta a questo problema? Le teorie generali del diritto sono teorie descrittive? Se è così, cosa descrivono? Sono pezzi dell'analisi concettuale? Se lo sono, cosa rende un'analisi del concetto di diritto migliore di un'altra? Sono teorie politiche normative? Se è così, allora come si differenzia una teoria su cosa è il diritto da una teoria su cosa il diritto dovrebbe essere? I filosofi del diritto sono in disaccordo su tali questioni metodologiche. Quale concezione segue dalla filosofia di Rawls, ammesso che ce ne sia una?

La seconda questione è allora ovvia. Una volta che una teoria giuridica abbia preso posizione sulla questione metodologica, deve cercare di rispondere in merito alla sostanza. Dato ciò che una teoria del diritto dovrebbe essere, quale teoria del diritto ha maggior successo? Per qualche tempo le teorie del diritto sono state divise all'incirca in due gruppi, sia dai loro autori sia dagli interpreti: le teorie positivistiche del diritto, le quali sottolineano che ciò che il diritto di una giurisdizione richiede o permette è soltanto un fatto sociale, e le teorie antipositivistiche, le quali sostengono che ciò che il diritto richiede dipende talvolta non solo da fatti sociali ma anche da questioni normative controverse, comprese le questioni morali. Per quanto ne so, Rawls non ha scelto esplicitamente come propria l'una o l'altra di queste concezioni generali. Ma le sue teorie sono di sostegno a una scelta piuttosto che a un'altra?

La seconda questione inevitabilmente ne presenta una terza. Sia per la teoria positivistica sia per la teoria antipositivistica, un giudice affronta spesso casi «difficili», in cui ciò che i giuristi considerano il diritto codificato non decide il problema immediato. I positivisti dicono che in tal caso un giudice deve esercitare la discrezione per produrre nuovo diritto. Gli antipositivisti descrivono la stessa necessità in modi differenti: un giurista che ritiene, come me, che i giudici debbano tendere all'integrità nelle loro decisioni sarà d'accordo che ciò che l'integrità richiede sarà spesso, forse

solitamente, controverso, così che c'è bisogno di un nuovo giudizio. Entrambi i lati, o meglio, tutte le versioni di entrambi i lati devono confrontarsi con la questione di quali tipi di argomento, o di quali fondamenti di esso, siano appropriati a tale responsabilità giudiziaria.

Quale tipo di ragione possono o dovrebbero offrire i giudici per difendere i loro nuovi giudizi? Possono richiamarsi a convinzioni religiose? Alle loro personali convinzioni morali? A sistemi filosofici di morale o di escatologia? A fenomeni macroeconomici? - sarebbe per un giudice un buon argomento dire che sta decidendo in un modo particolare perché ciò aiuterà il dollaro nei mercati monetari internazionali? Tali questioni cruciali sono relativamente sottovalutate dalla teoria giuridica. Ma Rawls ha sviluppato una dottrina, che ha chiamato la dottrina della ragione pubblica, riguardante gli argomenti che i funzionari pubblici possono usare in modo appropriato per giustificare le loro decisioni, e ha enfaticamente detto che la dottrina della ragione pubblica si applica in maniera particolare ai giudici. Dobbiamo analizzare questa dottrina. Se la troviamo insoddisfacente, come sospetto che sia, allora dobbiamo chiederci se qualche altra parte della teoria generale di Rawls sia più utile nel definire il carattere del ragionamento giudiziario appropriato.

La quarta questione è particolarmente incalzante per i teorici del diritto in America e nelle altre democrazie mature dove le corti costituzionali hanno il potere di annullare le leggi adottate da legislatori eletti dal popolo e responsabili nei suoi confronti. Questo potere è coerente con i principi democratici? Se non lo è, è ingiusto per questa ragione? Rawls ha affrontato direttamente tale questione, in differenti occasioni, e dobbiamo considerare ciò che ha detto. Ma di recente ha parlato di quello che è in molti modi un problema perfino più discusso e importante, un problema, potremmo dire, di strategia costituzionale invece che di legittimità. Una corte costituzionale dovrebbe rifiutarsi di decidere certe questioni (ad esempio sull'aborto o il suicidio assistito) perché la nazione non è pronta per una loro soluzione giuridica? Dovrebbe fermarsi per consentire alla politica comune di ridurre la diversità sulla questione e raggiungere forse un compromesso più accettabile per l'intera comunità? Diversi eminenti studiosi

del diritto hanno sostenuto questa tesi, e Rawls ha detto che ritiene «buono» il loro argomento. Dovremmo capire perché lo ritiene tale.

Infine, vorrei toccare ciò che potrebbe sembrare una questione molto più astratta. Affermazioni controverse su ciò che richiede il diritto possono essere vere oggettivamente invece che solo soggettivamente? Non si tratta di una questione che preoccupa i giuristi e i giudici nella loro prassi quotidiana. Ha nondimeno una considerevole importanza pratica, perché molte questioni di politica civica e giuridica dipendono da essa, compresa la questione se il principio di legalità sia differente dal principio del comando di chi ha potere, se abbia senso supporre che abbiamo un obbligo morale più generale di obbedire al diritto, e se la revisione giudiziaria delle promulgazioni legislative sia realmente legittima. Alcune teorie giuridiche sono di fatto costruite intorno al presupposto che la prassi giuridica sia essenzialmente soggettiva: ad esempio, l'influente movimento chiamato «realismo giuridico americano», che ai nostri giorni si è trasformato nei fuochi d'artificio, incandescenti ma di breve durata, dei "Critical Legal Studies". Sulla verità e sull'oggettività

Rawls ha detto molte cose, in parte inconcludenti e anche oscure, ma molte altre utili quando i giuristi si volgono a tali questioni più esplicitamente filosofiche.

- "La natura della filosofia del diritto".

Si ammetta, per il momento, come quasi tutti i giuristi fanno, che una proposizione sui diritti e sui doveri giuridici possa essere vera. Se è così, allora una teoria del diritto dovrebbe dirci in quali circostanze tale proposizione è vera. Che cosa mai può rendere vero, ad esempio, che il limite di velocità da queste parti è di 55 miglia all'ora, che la Microsoft abbia violato le leggi antitrust, o che l'"affirmative action" sia incostituzionale? I filosofi del diritto difendono teorie generali del diritto che cercano di rispondere a tale problema. I positivisti giuridici affermano che una proposizione del diritto

può essere vera soltanto in virtù di fatti sociali: fatti, ad esempio, su ciò che il potere legislativo ha dichiarato o che un giudice ha deciso in un caso precedente. Dirò fra poco qualcosa sui meriti di questa concezione, ma dobbiamo considerare prima un problema che la precede. Che tipo di affermazione stanno formulando i positivisti? Cosa potrebbe rendere vera la "loro" stessa affermazione sulle condizioni di verità del diritto?

Molti filosofi del diritto credono che le loro teorie del diritto siano teorie descrittive sulle prassi o sulle convenzioni sociali che l'insieme dei giuristi segue nel formulare, difendere e giudicare proposizioni del diritto. Ovviamente, i giuristi sono spesso in disaccordo su quale proposizione giuridica sia vera e quale sia falsa. Sono in disaccordo, ad esempio, sulla posizione giuridica di una donna che ha subito effetti collaterali da una medicina che sua madre aveva preso molti anni prima, ma che non è in grado di identificare il produttore dei particolari prodotti farmaceutici che sua madre aveva preso nei vari periodi perché le pillole erano prodotte da aziende diverse e non sa di chi fossero specificamente le pillole prese via via (1). Questa donna ha un diritto giuridico al risarcimento dei danni da tutte le aziende che hanno prodotto il farmaco in proporzione alle loro quote di mercato? Ma questi filosofi del diritto ritengono che se tale tipo di disaccordo è genuino, allora i giuristi devono essere d'accordo su una questione più basilare. Devono esser d'accordo sui giusti test da usare per decidere se una proposizione del diritto è vera; altrimenti, se differenti giuristi usassero differenti test, starebbero semplicemente parlando tutti insieme senza intendersi. Se questo presupposto è corretto, allora una teoria filosofica del diritto dovrebbe mirare a descrivere quest'accordo di fondo. Ci dovrebbe dire cosa è il diritto dicendoci quali test i giuristi usano effettivamente per identificare proposizioni del diritto che sono vere o fondate.

In base a questa concezione, la filosofia del diritto è intesa nel modo migliore come un esercizio descrittivo: è un esercizio di sociologia giuridica. Ma in realtà è estremamente difficile rendere conto della teoria generale del diritto se la consideriamo descrittiva in questo modo. Si consideri la versione di positivismo giuridico sviluppata da H.L.A. Hart (2). Egli ha portato argomenti a favore di quella che ha chiamato la

tesi delle «fonti», la quale (in sostanza) sostiene che le proposizioni del diritto sono vere quando, ma solo quando, possono essere inferite da decisioni esplicite prese da istituzioni giuridiche, come le istituzioni legislative, che sono autorizzate per convenzione a prendere tali decisioni (3). Se un giurista può mostrare che da ciò che ha dichiarato l'istituzione legislativa pertinente segue che la donna del nostro esempio ha un diritto giuridico al risarcimento dei danni in base alle quote di mercato, allora ha mostrato che ella ha questo diritto. Ma se questa proposizione non segue da qualcosa di detto o fatto da una qualche istituzione autorizzata, allora non è vera.

In un «Poscritto» pubblicato postumo al proprio libro, "Il concetto di diritto", Hart ha ribadito che la tesi delle fonti è puramente descrittiva (4). Ma è un mistero in che senso potrebbe essere ritenuta descrittiva. Hart ha ribadito che non la intendeva come una descrizione di come parlano i giuristi, di come usano la parola «diritto». Non è chiaramente parte dello stesso significato di «diritto» che il diritto possa essere valido solo in virtù di una promulgazione positiva. Né avrebbe potuto intenderla come una descrizione di cosa accettano tutti i giuristi come appartenente al concetto stesso di diritto, allo stesso modo di come accettiamo che appartiene al concetto di scapolo il fatto che uno scapolo non sia sposato. Infatti i giuristi sono in disaccordo se la tesi delle fonti sia corretta: i giuristi che pensano che la donna nel nostro esempio abbia un diritto giuridico a risarcimenti in proporzione alle quote di mercato rifiutano chiaramente la tesi delle fonti, perché nessuna istituzione aveva stabilito tale responsabilità prima che la sostenessero giuristi ingegnosi (5). Se questi giuristi sono in errore, il loro è un errore giuridico, non concettuale. Né, per la stessa ragione, Hart avrebbe potuto intendere la sua tesi delle fonti come l'ipotesi sociologica che i giuristi ovunque sostengono effettivamente che il diritto sia dalla loro parte solo quando è stata soddisfatta la tesi delle fonti. Anche questa ipotesi è chiaramente falsa.

Come dovremo intendere allora una teoria del diritto come la tesi delle fonti? Rawls ne ha parlato direttamente attraverso un esempio: la sua analisi del concetto di giustizia. Non ha supposto che tutti quelli che condividono e usano il concetto di giustizia condividano una comprensione sostanziale di fondo di

cosa renda un'istituzione giusta o ingiusta. Al contrario ha ribadito che le persone hanno concezioni radicalmente differenti della giustizia. Esse condividono, ha ammesso, una comprensione molto astratta che le rende tutte concezioni della giustizia piuttosto che di qualche altra virtù. Ma questa comprensione condivisa è eccezionalmente sottile, completamente priva di contenuto reale. Quello che rende possibile un disaccordo sulla giustizia è che le persone sono sufficientemente d'accordo su certi esempi o istanze specifici: ognuno è d'accordo che la schiavitù sia ingiusta, che lo sfruttamento del salario sia ingiusto e così via. Così Rawls ha consigliato che i filosofi della giustizia si impegnino nell'impresa interpretativa che egli ha chiamato cercare un equilibrio riflessivo. Cerchiamo di formulare principi di portata generale e di accordare questi principi generali ai nostri giudizi concreti iniziali su cosa sia giusto e ingiusto, modificando le nostre concezioni tanto dei principi quanto dei giudizi concreti, o di entrambi, una volta che diviene necessario per ottenere una corrispondenza interpretativa.

Possiamo riaffermare questo esercizio interpretativo come un metodo per la filosofia del diritto. Possiamo identificare ciò che apparentemente va bene senza dire che è parte del nostro diritto: il limite di velocità, il codice fiscale, le ordinarie regole quotidiane di proprietà, di contratto e così via, che sono familiari a tutti noi. Queste sono, potremmo dire, istanze paradigmatiche di diritto. E poi potremmo costruire l'altro polo dell'equilibrio interpretativo perché condividiamo un ideale astratto che può svolgere lo stesso ruolo nella teoria giuridica di quello svolto dal concetto di giustizia per Rawls. Questo è il concetto di diritto, sebbene qualche volta, quando ne stiamo sottolineando il carattere politico, lo descriviamo in altro modo, come il concetto di legalità o il concetto del principio di legalità. Possiamo allora tentare di fornire un'adeguata concezione della legalità, cioè una concezione della legalità che porti i nostri vari presupposti pre-analitici sulle proposizioni concrete del diritto in equilibrio con i principi generali di morale politica che sembrano spiegare meglio il carattere e il valore della legalità. In questo modo possiamo inserire una teoria sulle condizioni di verità delle proposizioni del diritto all'interno di una più ampia concezione del valore

che troviamo convincente. Una teoria del diritto di carattere positivistico propone una tesi sulle condizioni di verità di tali proposizioni, come la tesi delle fonti, che è sostenuta da una concezione positivistica della legalità, la quale è a sua volta sostenuta da un'appropriata teoria della giustizia, più generale. Tale disegno interpretativo fornisce il modo migliore di comprendere le argomentazioni che insigni filosofi del diritto hanno effettivamente proposto. La filosofia del diritto così concepita è in un certo senso descrittiva perché inizia con una tesi su cosa si dà per scontato nella comunità a cui è rivolta, ma è d'altra parte sostantiva e normativa perché l'equilibrio che cerca è con principi vagliati per una ragione indipendente. Così l'opera di Rawls è, fin dall'inizio, un grande contributo all'autocomprensione della filosofia del diritto.

- "Che cos'è il diritto?"

Torniamo ora al lato sostanziale del vecchio problema. Quale interpretazione del diritto ha più successo come teoria del concetto di legalità, l'interpretazione positivistica o qualche altra interpretazione? Per rendere esplicite le implicazioni delle idee di Rawls per quest'altra questione, potremmo inserirla nella sua costruzione immaginaria della giustizia come equità. Si supponga che ai delegati nella «posizione originaria» (6) da lui descritta si richieda di scegliere, in aggiunta ai principi generali di giustizia, anche una concezione della legalità. Per rendere la cosa più semplice, si fornisca loro un elenco formato soltanto da due scelte. Possono scegliere una concezione semplificata della legalità positivistica, la quale stabilisce che i giudici usano un test particolare per le proposizioni vere del diritto, o una concezione semplificata nonpositivistica di carattere interpretativista.

In base alla versione positivistica semplificata concordata, i giudici debbono applicare le regole fissate dal potere legislativo nella misura in cui queste regole non sono ambigue e possono essere rese tali consultando la storia della legislazione o altre fonti standard di intento legislativo. Ma quando, come accade spesso, le regole stabilite e interpretate

soltanto in questo modo sono insufficienti per decidere il caso, allora i giudici dovrebbero dichiarare che il diritto non fornisce alcuna risposta, e quindi legiferare essi stessi per coprire la lacuna che si è creata. Dovrebbero comunque legiferare in maniera modesta e marginale, come credono che legiferebbe l'istituzione legislativa in vigore se si occupasse della questione. I giudici dovrebbero fare, cioè, quanto ritengono avrebbe dovuto fare il parlamento competente. In base alla teoria interpretativista semplificata, i giudici dovrebbero applicare le regole stabilite dalle istituzioni legislative, interpretate allo stesso modo, ma una volta di fronte a una cosiddetta lacuna, non dovrebbero tentare di legiferare come farebbe l'istituzione legislativa, dovrebbero invece tentare di identificare i principi di equità o di giustizia che meglio giustificano il diritto della comunità nel complesso e applicare questi principi al nuovo caso.

Si supponga ora che, contrariamente a quanto credeva Rawls, i delegati abbiano scelto una concezione della giustizia generale e onnicomprensiva di carattere utilitaristico. Allora essi penseranno di avere una ragione forte per scegliere la teoria del diritto positivista semplificata rispetto a quella non-positivistica semplificata. C'è infatti una forte affinità fra una concezione della giustizia utilitaristica e una concezione della legalità positivista: non è un caso che i due fondatori del positivismo giuridico moderno, Bentham e Austin, fossero fra i primi utilitaristi. Come aveva notato Bentham, una fondata legislazione utilitaristica deve essere organizzata e diretta da una singola fonte. Il miglior programma per massimizzare l'utilità è un programma integrato in cui leggi e politiche differenti possono essere regolate e coordinate per produrre un massimo risultato di utilità (7). Quella legislativa è l'istituzione migliore per conseguire questo risultato massimo, perché può tenere presente l'intera architettura del diritto e della politica, e perché la sua composizione e le procedure di elezione sono volte a fornire informazioni sull'insieme di preferenze della comunità, cosa indispensabile per i calcoli corretti delle ponderazioni necessarie a conseguire il massimo aggregato di utilità. I giudici sono fondamentali per l'applicazione al dettaglio delle regole destinate a massimizzare l'utilità nel corso del tempo, ma dovrebbero essere il meno

possibile architetti della politica, perché questo moltiplicherebbe l'inefficienza. Così si dovrebbe dire che quando il dettato del potere legislativo non ha stabilito una decisione, essi dovrebbero dichiarare che non c'è un diritto che controlla le loro decisioni, le quali provengono da qualche altra fonte. Dovrebbero riconoscere una lacuna, che poi colmano nella maniera più modesta possibile, come luogotenenti dei loro superiori politici, nello spirito di ciò che questi superiori avrebbero essi stessi fatto, procedendo dal molare al molecolare, come diceva Oliver Wendell Holmes, il vecchio positivista utilitarista (8).

Questa è la ragione positiva a favore del positivismo da una prospettiva utilitaristica. Ma c'è anche una corrispondente ragione negativa da tale prospettiva contro l'interpretativismo: esso è irrazionale. Per gli utilitaristi, i principi morali e politici sono semplicemente regole empiriche per conseguire la massima utilità nel lungo periodo, e può non esserci alcun valore indipendente, ma molto danno, nel perseguire una coerenza di principio per se stessa. L'utilità è sicuramente servita meglio concentrandosi solo sul futuro, senza rivolgere lo sguardo all'integrità col passato, eccetto nella misura in cui non sia in se stesso strategicamente saggio.

Si supponga ora, a ogni modo, che i delegati nella posizione originaria scelgano nel modo in cui Rawls suppone che avrebbero scelto. Rifiutano l'utilitarismo in favore dei due principi di giustizia, uno dei quali dà la priorità a certe libertà basilari e l'altro cerca di proteggere la posizione del gruppo sociale più svantaggiato. Sembrerebbe allora naturale per loro scegliere l'interpretativismo sul positivismo, perché sarebbe una scommessa migliore per conseguire la giustizia nel lungo periodo, sia nel dettaglio sia nel complesso. I due principi vanno realizzati specificando via via meglio i dettagli. Tali principi richiedono, in primo luogo, un livello costituzionale in cui sono progettate le istituzioni che possono più verosimilmente produrre i risultati che esigono. Richiedono poi che queste istituzioni, a quello che Rawls chiama livello legislativo, prendano decisioni più specifiche sulle leggi e le politiche, guidate da principi di giustizia più specifici al servizio di quelli basilari. Chi assegna una priorità lessicale alla libertà uguale, e una priorità ulteriore a proteggere la

posizione del gruppo più svantaggiato, sarà particolarmente sensibile alla possibilità di perdere il controllo a un tale livello legislativo. Si preoccuperà se un'istituzione legislativa dipendente dal consenso della maggioranza è soggetta a grande pressione al fine di anteporre gli interessi di alcuni gruppi a spese degli altri. Sarà perciò attratto dall'idea di un'istituzione giudiziaria con poteri e responsabilità indipendenti. Arriverà all'idea della revisione giudiziaria di una costituzione scritta (discuterò più avanti le implicazioni degli argomenti di Rawls a questo riguardo) (9). Ma arriverà anche all'idea che i giudici dovrebbero esercitare una supervisione meno forte, seppur ancora rilevante, sull'applicazione e la preparazione delle leggi più ordinarie fatte dalle istituzioni legislative. E all'ulteriore idea che essi dovrebbero esercitare questo potere in direzione dell'uguaglianza davanti al diritto, cioè in direzione dell'insistenza che sia in genere accessibile a tutti, nella misura in cui è consentito da una dottrina ragionevole della supremazia legislativa, qualunque principio sia implicato in ciò che l'istituzione legislativa ha fatto a favore di certi gruppi. Avrà questa ragione forte per favorire una concezione del diritto interpretativista, la quale pensa che le persone abbiano diritti giuridici non solo a ciò che le istituzioni legislative hanno specificamente previsto, ma anche alla rielaborazione di queste previsioni sulla base di principi. La coerenza è la migliore tutela contro la discriminazione. Questa è, in fin dei conti la premessa della clausola di "equal protection" e del Quattordicesimo Emendamento della nostra Costituzione.

Rawls non ha presentato questo argomento a favore dell'interpretativismo; in realtà, per quanto ne so, non ha proposto nessun argomento esplicito a favore di alcuna concezione del diritto. Ma ha esplicitamente sostenuto il principio che sostiene l'interpretativismo, come si è visto, e lo ha sostenuto nel corso di una discussione della legalità, o del principio di legalità. Cito:

[...] la massima per cui decisioni simili sono prese in casi simili limita in modo significativo la discrezionalità dei giudici e delle altre autorità. La massima li costringe a giustificare le distinzioni che essi fanno tra le persone, in riferimento alle

norme giuridiche e ai principi pertinenti. In ogni caso particolare, se le norme sono molto complicate e richiedono un'interpretazione, può essere facile giustificare un'interpretazione arbitraria. Ma, con il crescere del numero dei casi, le giustificazioni plausibili per i casi disonesti diventano più difficili da costruire. Naturalmente il requisito della non contraddittorietà vale per l'interpretazione di tutte le norme e per le giustificazioni a qualsiasi livello" (10).

Si noti che Rawls sottolinea come la complessità stessa sia un vincolo, e che ribadisce come la coerenza valga per «tutte le regole [...] a qualsiasi livello» (11). I cittadini sono protetti nel modo migliore dall'arbitrarietà e dalla discriminazione quando i giudici che interpretano il diritto e lo elaborano in casi difficili sono responsabili non semplicemente della coerenza con particolari dottrine in questo o quel luogo, ma di una coerenza di principio con l'intera struttura del diritto, nella maggiore misura in cui possa essere conseguita.

Ora, si potrebbe obiettare che nonostante l'affinità storica che ho citato un positivista non ha bisogno di essere un utilitarista.

Possiamo immaginare, invece, un giudice positivista che non sia utilitarista e che sia pronto, in casi su cui ritiene di avere discrezione, ad adottare la regola che crede che si accordi meglio con la giustizia in base a qualche altra interpretazione. Perché coloro i quali hanno scelto i due principi di giustizia di Rawls nella posizione originaria non potrebbero scegliere anche questa caratterizzazione del ruolo del giudice? Perché non è una scelta migliore sulla base di quella che Rawls ha chiamato giustizia procedurale imperfetta? Tuttavia questo suggerimento trascura il fatto che i giudici, anche se hanno di mira solo la giustizia, saranno spesso in disaccordo su cosa sia la giustizia, e che possono essi stessi essere influenzati da preconcezioni, da pregiudizi e da altri fattori ostili a una giustizia imparziale. Coloro i quali scelgono una teoria del diritto non hanno alcuna ragione di pensare che una decisione nel loro caso rifletterà meglio la giustizia, in base a una qualsiasi concezione di che cosa sia, se i giudici sono liberi di trascurare la coerenza di principio con ciò che hanno fatto altri funzionari e altri giudici, di quanto la

rifletterebbe se fosse loro richiesto di rispettare questa coerenza di principio. Potrebbero ritenere che difendono meglio se stessi dall'arbitrarietà e dalla discriminazione se non danno istruzioni ai giudici di fare giustizia per come questi ultimi la vedono, ma se tentano di disciplinare i giudici ribadendo che facciano del loro meglio per rispettare una coerenza di principio per come essi la vedono. Questo è, come ho detto, il presupposto della nostra clausola di "equal protection" (12).

- "I vincoli del ragionamento giuridico".

Passo ora a una questione più specifica che deve essere affrontata da tutte le concezioni del diritto, ma che risulta particolarmente ardua per alcune. Come dovrebbero ragionare i giudici nei casi difficili? In base al programma del positivismo e dell'utilitarismo che ho descritto, i giudici devono formulare nuovi giudizi per colmare le lacune nel diritto, ma questo programma impone il carattere di tale ragionamento giuridico. Esso sostiene che i giudici dovrebbero tentare di fare ciò che avrebbe fatto l'istituzione legislativa. Anche l'interpretativismo, come altre teorie giuridiche, ritiene che i giudici nei casi difficili debbano proporre nuovi giudizi di morale politica: da loro istruzione di seguire un equilibrio interpretativo fra la struttura giuridica nel complesso e i principi generali che si ritiene giustifichino meglio questa struttura. Questo, come ho sostenuto altrove, è in realtà il metodo tradizionale della "common law" (13). Ma ci sono dei vincoli al tipo di principi che i giudici possono citare nel costruire questo equilibrio interpretativo, cioè nel giustificare l'attestazione del diritto come un tutto?

Sembrerebbe sicuramente sbagliato che propongano certi tipi di argomentazione. I giudici non si devono richiamare ai loro interessi personali o agli interessi di qualche gruppo a cui sono legati. Questi vincoli ovvi sembrano parte dell'idea stessa di giustificazione. Ma possono richiamarsi alle loro convinzioni religiose, se le hanno, o alle dottrine della loro Chiesa, se ne hanno una? Dopotutto alcuni giudici pensano, come questione

relativa alle loro convinzioni più profonde, che la religione fornisca la giustificazione più vincolante o forse l'unica vera giustificazione della morale politica, e quindi la più vincolante o l'unica vera giustificazione delle decisioni giuridiche passate. Negli Stati Uniti l'argomento religioso potrebbe essere considerato escluso dal ragionamento giudiziario in virtù del Primo Emendamento. Ma altrove? In paesi ad esempio come il Regno Unito o Israele, in cui c'è una religione di Stato? Se anche là la religione è un fondamento non ammissibile per la sentenza ["adjudication"], questo è un vincolo "ad hoc" contro la religione? Oppure segue come un caso singolo da un principio generale di morale politica? Cosa dire ad esempio degli argomenti della filosofia morale? Un giudice nei suoi pareri può richiamarsi in modo appropriato alle dottrine filosofiche di Immanuel Kant o di John Stuart Mill? Può richiamarsi, come ha fatto in realtà una serie di giudici americani, agli scritti filosofici di John Rawls? (14) E alla politica macroeconomica? Può decidere che un principio giustifichi meglio la struttura giuridica nel complesso perché attenersi servirà a tenere a bada l'inflazione o a promuovere i risparmi?

La dottrina della ragione pubblica di Rawls si dedica esattamente a definire il genere di argomenti ammissibile per i funzionari in una comunità politica liberale, e Rawls ribadisce che la dottrina si applica in modo particolare ai giudici. Ad ogni modo, trovo la dottrina della ragione pubblica difficile da definire e da difendere. Tenterò qui di esporre brevemente le mie difficoltà. Ci sono due modi di stabilire ciò che la dottrina richiede. Il primo e più fondamentale si rifà alla rilevante idea di reciprocità. La dottrina permette soltanto quelle giustificazioni che tutti i membri ragionevoli della comunità politica possono accettare in modo ragionevole. Il secondo è probabilmente l'esito di questo test più basilare. La ragione pubblica richiede ai funzionari di offrire giustificazioni che sono basate sui valori politici della comunità e non su dottrine comprensive religiose, morali o filosofiche. La dottrina, perciò, richiede ai giudici che cercano una giustificazione della struttura del diritto di evitare controverse dottrine religiose, morali o filosofiche.

Non riesco, comunque, a vedere cosa escluda la dottrina

della reciprocità. Se credo che una particolare posizione morale controversa sia chiaramente giusta (ad esempio che gli individui dovrebbero farsi carico delle loro vite e assumersi la responsabilità finanziaria di ogni errore da loro stessi compiuto), allora come posso non credere che altre persone nella mia comunità possano ragionevolmente accettare la stessa concezione, sia o no verosimile che l'accetteranno? Forse Rawls vuol dire che i giudici non dovrebbero richiamarsi a idee che i cittadini ragionevoli non potrebbero accettare senza abbandonare le proprie convinzioni di un certo tipo: le proprie convinzioni X. Ma sembra che non si abbia alcuna base per stabilire cosa siano queste convinzioni X. Accetto che le convinzioni religiose siano speciali per svariate ragioni.

Sicuramente chi crede che la verità religiosa è accessibile solo attraverso la grazia divina, o in qualche altro modo privilegiato, non può sostenere che tutti i cittadini ragionevoli potrebbero ragionevolmente abbracciare le proprie convinzioni religiose. Ma Rawls non presenta alcuna ragione per pensare che il test della reciprocità escluda convinzioni ragionevoli al di là delle convinzioni religiose.

Trovo difficoltà ugualmente grandi nella distinzione fra valori politici da una parte e convinzioni morali comprensive dall'altra. La concezione di Rawls della giustizia come equità dipende in maniera critica da quelle che sembrano essere posizioni morali controverse. Il principio di differenza, ad esempio, è generato e difeso nell'equilibrio riflessivo da un insieme di presupposti, compresi alcuni sulla fondamentale irrilevanza morale dello sforzo o della responsabilità: se la situazione che massimizza meglio la posizione del gruppo svantaggiato finisce per premiare gli scansafatiche, questa non è un'obiezione. Rawls difende questa conclusione supponendo che lo sforzo sia influenzato dal talento (15). E così in effetti è, ma il talento non esaurisce la faccenda, e la questione di come l'interazione fra i due debba comparire sembra una questione mista di psicologia e morale proprio di quel tipo che divide differenti concezioni morali comprensive sulla responsabilità personale. La posizione di Rawls è sicuramente controversa nella nostra comunità, e alcuni la rifiutano in favore di una teoria della giustizia distributiva che dipenda maggiormente dalla responsabilità personale.

Queste difficoltà sono confermate, credo, dagli esempi che Rawls fa dell'idea di ragione pubblica in azione. In diverse occasioni discute la controversia sull'aborto, anche se sempre molto rapidamente. La sua discussione presuppone che la questione se un feto ai primi stadi di vita abbia diritti ed interessi propri, compreso un diritto alla vita, sia una questione che riguarda una posizione comprensiva di tipo morale, religioso o filosofia), e non sia risolta da alcun valore politico di una comunità liberale. Ma come possiamo prendere una posizione sul fatto se le donne americane abbiano un diritto costituzionale all'aborto (come potrebbe la Corte Suprema decidere i casi "Roe v. Wade" (16) o "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey") (17) senza prendere posizione su tale questione comprensiva? Qui non sembra esserci alcuna posizione predefinita. La concezione che un feto non abbia interessi e diritti propri è tratta da una posizione comprensiva tanto quanto la concezione che li abbia, e non possiamo arrivare a una decisione sull'aborto senza adottarne una delle due. La clausola di "equal protection" si applica a tutte le persone, e ogni affermazione che una donna ha un diritto costituzionale ad abortire entro il terzo mese di gravidanza deve negare che un feto sia una «persona» nel significato di tale clausola (18).

Dubito perciò che la dottrina della ragione pubblica di Rawls possa aiutarci molto a completare una teoria della legalità e della sentenza. Dobbiamo guardare altrove. Dal mio punto di vista, possiamo trovare i vincoli necessari all'argomentazione giudiziaria nella teoria del diritto suggerita, come ho detto, dagli argomenti generali di Rawls: l'interpretativismo. Se accettiamo una teoria interpretativista, non abbiamo bisogno di una dottrina separata come la dottrina della ragione pubblica. Può darsi che i giudici nelle società liberali non si richiamino a convinzioni o scopi religiosi perché tali convinzioni non possono comparire in una giustificazione comprensiva globale della struttura giuridica di una comunità pluralistica liberale e tollerante. Questo vincolo interpretativo non può, comunque, escludere le convinzioni morali, in quanto distinte da quelle religiose. I giudici che interpretano una serie di casi nel diritto sulla colpa civile ["tort law"] si possono richiamare alla teoria della giustizia di Rawls come una base

per rifiutare un'interpretazione utilitarista di decisioni e dottrine passate in favore di un'interpretazione fondata più saldamente su una concezione dell'uguaglianza (19).

Un'altra osservazione: nella sua discussione della ragione pubblica, Rawls dice che in ogni caso i giudici non possono richiamarsi alle loro convinzioni morali personali. Se questo significa che un giudice non può sostenere che una giustificazione del diritto passato è superiore solo perché gli capita di pensare così, allora è ovviamente corretto. La biografia intellettuale di un giudice non è un argomento giuridico. Ma se vuoi dire che un giudice non può dare alcuno spazio a opinioni morali controverse nel suo giudizio, perché dovrebbe citare le opinioni morali che lui ma non altri considera giuste, allora questo fissa una richiesta impossibile. Nessuna concezione del diritto - positivista o interpretativista - in comunità plura-listiche complesse può fungere da base perché i giudici assolvano le proprie responsabilità istituzionali senza basarsi su convinzioni morali controverse (20).

- "Costituzionalismo".

L'istituzione della revisione giudiziaria, secondo la quale giudici appositamente incaricati hanno il potere di dichiarare nulle le deliberazioni del potere legislativo o di altre istituzioni rappresentative perché violano le garanzie costituzionali dei diritti individuali, è considerata spesso antidemocratica perché consente a pochi giuristi non eletti e virtualmente intoccabili di non tenere conto dei verdetti ponderati di rappresentanti eletti. Rawls ha rivolto a se stesso questa classica critica in diverse occasioni. Ha chiarito, in primo luogo, che in base alla sua concezione della giustizia come equità, le varie istituzioni che una comunità costruisce al cosiddetto livello costituzionale, alla luce di principi di giustizia scelti sotto il velo di ignoranza, sono elaborate nello spirito di una giustizia perfetta piuttosto che di una giustizia puramente procedurale. Sono scelte, cioè, con uno sguardo ai risultati. I principi di giustizia stabiliscono le libertà fondamentali e le loro priorità, e la questione da decidere al livello costituzionale è

strumentale: quale schema di istituzioni è più adatto degli altri a proteggere queste libertà? Certamente, fra le uguali libertà che le istituzioni devono essere chiamate a tutelare ci sono le libertà politiche, che includono il diritto di voto e di partecipazione politica. Ma, come Rawls dice in "Giustizia come equità: una riformulazione", queste stesse libertà fondamentali, ed altre, devono essere viste come quasi-strumentali (21). Sono giustificate come essenziali per lo sviluppo e l'esercizio di due facoltà morali fondamentali: la facoltà, cioè, di progettare e agire in base a un senso di giustizia e la facoltà di progettare e agire in base a una concezione del bene. Questo significa, per come lo comprendo, che le persone, sebbene abbiano un diritto basilare a procedure largamente democratiche, perché estesi diritti al voto e alla partecipazione alla vita politica sono chiaramente e inevitabilmente necessari allo sviluppo di queste facoltà morali, non hanno alcun diritto basilare a una forma particolare di democrazia, e perciò nessun diritto basilare a che le istituzioni democratiche si conformino a un disegno particolare o abbiano una giurisdizione particolare. La questione è piuttosto quale struttura e giurisdizione parlamentare abbiano la migliore speranza di assicurare gli altri risultati richiesti e desiderati.

In questo modo, non c'è niente nella concezione generale della giustizia come equità di Rawls che sostiene la cosiddetta obiezione «maggioritaria» alla revisione giudiziaria, nella sua forma più comprensiva. Ma la sua teoria lascia spazio, al livello costituzionale della costruzione, all'obiezione più limitata che in realtà la struttura americana del costituzionalismo e della revisione giudiziaria non può essere giustificata in questo modo strumentale; che le libertà basilari, quelle politiche comprese, sarebbero servite meglio da qualche altra impostazione, come potrebbe essere la sovranità puramente parlamentare o un caso misto come quello del Regno Unito dopo la promulgazione dell'"Human Rights Act", che permette al Parlamento di legiferare anche in violazione dei diritti che l'"Act" specifica, se il Parlamento stabilisce chiaramente la propria intenzione di farlo. Sebbene Rawls non abbia proposto niente di paragonabile a un minuzioso caso basato-sui-risultati a favore del modello americano contro le

concezioni rivali di carattere più maggioritario, propone diversi argomenti che a grandi linee sembrano sostenere il modello americano. Distingue, ad esempio, fra la sovranità parlamentare e popolare, e dice che il modello americano è coerente con la sovranità popolare. Questo modello promuove le facoltà morali fondamentali delle persone, dice, perché le persone in genere non solo approvarono la Costituzione nella forma originaria, ma da allora hanno suggerito e diretto i suoi sviluppi su punti cardine: ad esempio nel periodo della Ricostruzione e nel "New Deal". (Per questa concezione segue, come ammette, le argomentazioni di Bruce Ackerman) (22). In secondo luogo, fa notare un altro modo in cui il costituzionalismo e la revisione giudiziaria sono più di aiuto che di limite allo sviluppo dei due poteri morali. Dice che il fatto che la Corte Suprema agisca come un luogo di discussione di principi incoraggia e focalizza la discussione politica pubblica di questioni morali centrali (23).

Passo ora al problema differente che ho menzionato prima: non la legittimità della revisione giudiziaria ma la sua strategia. La Corte Suprema è spesso sollecitata a riconoscere un diritto costituzionale concreto che non ha riconosciuto prima, e il cui status di diritto è molto discusso fra le persone più riflessive nella nazione. Se riconosce ed applica tale nuovo diritto, la sua decisione incontrerà forti avversioni, e la sua stessa funzione e legittimità potrà essere messa in discussione. La Corte si è trovata di fronte a tale situazione nel caso "Brown v. Board of Education" (24) e negli altri casi precedenti di discriminazione razziale degli anni Cinquanta. Come pure nei casi di scuola confessionale, nei casi di aborto a partire da quello "Roe v. Wade" (25), e in casi più recenti di suicidio assistito di malati terminali.

Si è ampiamente sostenuto che in tali situazioni la Corte doveva rifiutarsi di riconoscere il nuovo diritto al fine di dare più tempo al processo politico per considerare i meriti della questione attraverso politiche e decisioni locali, che potevano variare da Stato a Stato, e che potevano perciò fornire un tipo di sperimentazione in quelli che il giudice Brandeis ha chiamato i laboratori dei diversi Stati (26). Poteva farlo in alcuni casi attraverso la sua azione di richiesta degli atti; poteva rifiutarsi di affrontare un caso che le richiedeva di

decidere questioni fondamentali di diritti individuali perché riteneva più saggio lasciarle filtrare in seguito nella politica. Nella maggior parte di questi casi, comunque, una o più corti di grado inferiore hanno discusso la questione in modo da richiedere alla Corte Suprema di decidere se la Costituzione ammetta il diritto rivendicato. In questo caso la strategia passiva e precauzionale che ho descritto richiederebbe alla Corte di sostenere che il diritto controverso non esisteva, come ad esempio ha fatto nei casi di suicidio assistito (27).

Rawls stesso aveva sollecitato la Corte Suprema a riconoscere un diritto limitato al suicidio assistito: con molti altri, aveva firmato come "amicus curiae" una memoria sollecitando questa decisione (28). Ma in seguito Rawls ha riconosciuto che l'argomento della precauzione è un «buon» argomento a favore della decisione presa dalla Corte contro il suo parere, e lo ha definito anche un «buon argomento» contro la decisione della Corte del 1973 di riconoscere un diritto limitato all'aborto nel caso "Roe v. Wade" (29), il che ovviamente non significa che alla fine lo ritenesse anche persuasivo (30). Comunque, mi sembra che ci sia un argomento rawlsiano semplice ed efficace - perfino conclusivo - contro il punto di vista della precauzione. In questi casi controversi, un querelante o un gruppo di querelanti pretende che una certa legge o una certa prassi violi le proprie libertà basilari, e che perciò offenda il primo principio di giustizia, a cui nella giustizia come equità è data priorità sopra ogni altra cosa, incluse probabilmente la pace e la quiete civili. Ovviamente, un particolare giudice della corte potrebbe non credere che la legge o la prassi in questione neghi una libertà basilare. Ma dobbiamo credere che il giudice Rawls sarebbe stato convinto dall'argomento che, ad esempio, aveva egli stesso proposto nella cosiddetta "Memoria dei filosofi". Possiamo facilmente capire come un utilitarista che si definisce pragmatista potrebbe essere attratto dall'argomento della precauzione. Ma perché dovrebbe esserlo Rawls? Perché dovrebbe pensare che l'argomento della precauzione è anche un «buon» argomento?

Vi potrebbe essere una risposta epistemica. Forse Rawls riteneva sostenibile che un giudice della Corte Suprema, riconoscendo gli spaventosi Oneri della Ragione, accettasse che

il proprio giudizio potesse essere difettoso, che il processo politico potesse nel giro di qualche anno elaborare un compromesso differente che sarebbe stato accettato in maniera molto ampia, e che questo compromesso, se mai fosse stato raggiunto, avrebbe offerto una concezione più accurata o più ragionevole delle libertà basilari in questione rispetto a quella che la maggioranza dei giudici avrebbe potuto escogitare da sola in anticipo. Comunque, ci sono diverse ovvie difficoltà in questa risposta, e le possiamo mettere in evidenza usando ancora una volta come esempio il caso dell'aborto.

In primo luogo, sembra improbabile che un compromesso che non crei divisioni sarebbe stato raggiunto in breve tempo nella politica di questo paese. Gli europei hanno codificato in linea di massima una posizione che, con alcune formalità cosmetiche, consente l'aborto su richiesta (31). Questo non ha generato controversie continue, perché l'Europa non è tormentata da movimenti religiosi fondamentalisti o da una preoccupante sensibilità fondamentalista. Noi invece ne siamo colpiti, come è stato dimostrato ancora una volta dal divieto promulgato recentemente del cosiddetto "partial birth abortion" (32). L'unica soluzione in grado di placare l'obiezione militante dei fondamentalisti sarebbe un duro regime antiabortista, e ciò non sarebbe tollerabile per i movimenti delle donne che possono essere quasi altrettanto combattivi. In secondo luogo, anche se fosse raggiunto un compromesso politico che si mostrasse ragionevolmente accettabile per tutti, non ci sarebbe alcuna ragione di pensare che questo compromesso avrebbe identificato le libertà basilari in questione più ragionevolmente o accuratamente. Al contrario, qualunque cosa si pensi di quelle libertà, sembra probabile che un compromesso comporterebbe un'ingiustizia per qualcuno. Si supponga, ad esempio, che la maggior parte delle persone cessasse di essere contro le leggi antiabortiste dei propri Stati, ma soltanto perché le donne che volessero l'aborto potrebbero andarsene tranquillamente in uno Stato vicino in cui l'aborto fosse legale. Questo negherebbe l'uguale valore della libertà per persone troppo povere per permettersi le varie spese della trasferta.

Rawls avrebbe potuto pensare che è imprecisato se ci sia una libertà basilare di aborto, o di suicidio assistito, o di scuola

aconfessionale? Se è così, avrebbe allora potuto pensare che c'è una buona ragione per lasciare tali questioni alla politica, perché la politica è superiore alle sentenze quando comunque tutto ciò che si può offrire è una giustizia procedurale quasi pura. Ma è estremamente inverosimile che Rawls ritenesse imprecisate questioni come queste, perché egli stesso ha preso posizione su alcuni di tali problemi. E nemmeno poteva supporre coerentemente (come in realtà hanno fatto diversi studiosi) che una politica che varia da Stato a Stato sia un veicolo migliore di quanto non sia una sentenza per sviluppare le varie virtù pubbliche riconosciute. Il suo argomento che le sentenze della Corte Suprema stimolano lo sviluppo delle due facoltà morali sembra applicarsi perfettamente sia ai casi più laceranti sia a quelli meno drammatici; anzi, anche di più.

Rawls si sarebbe potuto appellare alla virtù della civiltà, sostenendo che è meglio non prendere decisioni che sembrano fortemente offensive ad alcuni cittadini? Ma queste decisioni sembreranno ugualmente offensive alla parte in minoranza se vengono imposte dalle istituzioni legislative invece che dai tribunali. Ad ogni modo, una civiltà di questo tipo è indirizzata ad un mero "modus vivendi", che Rawls rifiuta come inadeguato, invece che a qualcosa che si potrebbe difendere in linea di principio. Certamente sarebbe differente se fosse effettivamente in gioco l'autorità della Corte Suprema o della struttura costituzionale nel suo insieme. In questo caso potremmo comprendere la saggezza di un consiglio di precauzione: meglio ignorare i diritti di pochi che sacrificare il sistema che protegge alla lunga i diritti di tutti. Ma questo non è sicuramente il caso in questione. Contrariamente alle preoccupazioni del giudice Frankfurter, l'autorità della Corte è sopravvissuta al caso "Brown v. Board of Education" (33) e ai casi di incrocio razziale (34); è anche sopravvissuta al caso "Roe v. Wade" (35) e alle decisioni sulla scuola confessionale (36). Sarebbe potuta sopravvivere decidendo a favore di un diritto limitato al suicidio assistito. Anzi, sono tentato di pensare che possa sopravvivere quasi a tutto, dato che evidentemente è sopravvissuta alla vergogna del caso "Bush v. Gore" (37).

- "Verità e oggettività".

Voglio infine notare, sebbene in modo necessariamente breve, l'ultimo aspetto delle concezioni di Rawls che ho citato come particolarmente rilevante per la teoria giuridica. E' un'obiezione frequente all'esaltazione del principio di legalità che i giudizi giuridici, particolarmente nei casi difficili, non possono essere descrizioni di alcuna verità oggettiva, ma esprimono semplicemente lo stato psicologico di approvazione o disapprovazione del parlante. Questa è una comune concezione scettica della morale e degli altri ambiti di valore, ma è di particolare importanza pratica nel diritto, perché si ritiene che fornisca un argomento sostanziale in varie controversie: ad esempio, sulla questione se le persone abbiano un dovere morale di obbedire al diritto, o se sia difendibile la revisione giudiziaria della legislazione maggioritaria.

In "Liberalismo politico", Rawls ha identificato una concezione dell'oggettività che ha ritenuto appropriata alle affermazioni politiche, e molto di ciò che ha detto è valido anche per le controverse affermazioni del diritto. Ha sostenuto che l'oggettività, nel senso da lui definito, non dipende dal presupposto che il ragionamento politico o giuridico sia una questione di percezione, cioè che un'affermazione politica o giuridica possa essere oggettivamente vera solo quando la credenza che sia vera è causata dalla situazione che essa riporta. I fatti giuridici non sono in una relazione causale con il sistema nervoso centrale dei giuristi. Ma perché dovrebbe seguire da questo che non può essere oggettivamente vera una proposizione controversa del diritto, ad esempio che i produttori di farmaci pericolosi sono legalmente responsabili per danni in proporzione alle loro quote di mercato? L'eventualità che una proposizione affermi una verità oggettiva dipende dal suo contenuto. Afferma una verità oggettiva se afferma che la sua verità è indipendente dalla credenza o dalla preferenza di qualcuno: che i produttori sarebbero responsabili, sulla base dello stato presente del diritto, anche se i giuristi non lo pensassero. Questo è tutto ciò che significa l'affermazione dell'oggettività. La possibilità di successo di questa tesi dipende dagli argomenti giuridici che possiamo offrire a suo sostegno, cioè dalle nostre ragioni per pensare che

i produttori sarebbero comunque responsabili anche se i giuristi non lo pensassero. Se pensiamo che le nostre ragioni per ritenerlo siano buone, allora dobbiamo anche pensare che la proposizione che i produttori sono responsabili è oggettivamente vera.

L'oggettività così intesa non dipende da un presupposto metafisico che sembra popolare fra i cosiddetti realisti morali. Essi pensano che una proposizione possa essere oggettivamente vera soltanto se, in aggiunta alle ragioni sostantive che possiamo offrire per sostenerla, la proposizione ha anche un fondamento in un certo tipo di realtà che va oltre queste ragioni. Sbagliano: bastano le ragioni sostantive. Ma non devono essere ragioni isolate. Le nostre argomentazioni a favore dell'oggettività sono sufficienti soltanto se sono sufficientemente sistematiche ed esaminate mutuamente e reciprocamente. Rawls espone così questo punto importante: "Il costruttivismo politico non cerca un qualcosa in cui possa consistere la ragionevolezza dell'affermazione che la schiavitù è ingiusta come se questa ragionevolezza avesse bisogno di un qualche tipo di fondazione. Provvisoriamente - ma con buona sicurezza - possiamo accettare certi giudizi meditati, per esempio che la schiavitù è ingiusta, come punti fermi, come fatti che consideriamo basilari. Ma disponiamo di una concezione politica compiutamente filosofica solo quando questi fatti sono connessi l'uno con l'altro in modo compatto da concetti e principi che ci risultino accettabili dopo un'adeguata riflessione" (38).

Non sono d'accordo con ogni aspetto della discussione dell'oggettività di Rawls. In realtà, ritengo che parte di essa si sia mostrata inutile e ingiustificata: ad esempio la sua concezione che non possiamo affermare propriamente l'oggettività di un ambito a meno di riuscire a spiegare in modo non circolare cosa riteniamo un errore in quell'ambito. Ma approvo la sua discussione generale dell'oggettività rivolta a giuristi che sperano di comprendere su cosa vertano realmente le proprie argomentazioni.

- "Confessione".

Alcuni di voi avranno notato una certa congruenza fra le posizioni nella teoria giuridica che considero sostenute dagli argomenti di Rawls e quelle che io stesso ho cercato di difendere, e potete pensare che non sia un caso. Così vi propongo una confessione, ma senza alcuna apologia. Il lavoro delle icone filosofiche è abbastanza ricco da consentire un'appropriazione attraverso l'interpretazione. Ognuno di noi ha il proprio Immanuel Kant, e da ora in poi lotteremo, ognuno di noi, per avere dalla propria la benedizione di John Rawls. E con una ragione molto buona. Dopo tutti i libri, tutte le note a piè di pagina, tutte le meravigliose discussioni, stiamo solo cominciando a capire quanto dobbiamo imparare da quell'uomo.

NOTE

Introduzione. Diritto e morale.

1. Si può obiettare che la distinzione proposta non stabilisce che ci sono differenti concetti di diritto, ma soltanto che l'unico concetto di diritto può essere usato in modi differenti. Ma anche se fosse così, rimarrebbero le differenze importanti fra le questioni giurisprudenziali che sottolineo: in particolare rimarrebbe importante distinguere la questione delle condizioni di verità delle proposizioni del diritto dalle questioni sociologiche o tassonomiche con cui è stata spesso confusa. Ma non è così: i concetti sono differenti, sebbene come ho detto densamente in-terrelati poiché mettono insieme istanze differenti. Il concetto dottrinale mette insieme pretese o proposizioni normative valide, mentre il concetto sociologico mette insieme istituzioni o modelli di comportamento. Dobbiamo stare attenti a non cadere nella trappola posta dall'uso sconsiderato della personificazione fatto dai filosofi del diritto discussi nei Capitoli 7 e 8. Supponiamo di dire sia che «il diritto stabilisce un buon tenore di vita per gli avvocati» sia che «il diritto stabilisce che i testamenti con un solo testimone non sono validi». Possiamo essere tentati di pensare che queste due proposizioni offrono due resoconti sulla stessa entità, così che esse usano un unico concetto di «diritto»: in entrambi i casi, il concetto dell'entità che stabilisce le disposizioni. Ma ciò sarebbe un errore grave. Queste sono solo personificazioni, e quando le facciamo cadere non rimane alcuna entità unica. La seconda proposizione è solo un modo metaforico di asserire una proposizione del diritto; non è un resoconto di ciò che abbia effettivamente detto o richiesto una qualche entità. Si veda anche il Capitolo 8, n. 23.

2. Conf. Max Rheinstein (a cura di), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, Cambridge

(Mass.) 1954, p. 13.

3. Conf. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1965.

4. Conf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986, p.p. 102-8 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989, p.p. 99-102].

5. Conf. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1965.

6. Posso aver contribuito a quest'errore. In un saggio precedente ho suggerito che «il diritto» contiene non solo regole ma anche certi principi. Conf. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978, Capitolo 2 [trad. it. parziale, a cura di G. Rebuffa, "I diritti presi sul serio", il Mulino, Bologna 1982], Comunque mi sono corretto velocemente: conf. *ivi*, Capitolo 3, p. 76. Si veda anche infra il Capitolo 8 del presente volume.

7. Forse qualche concetto interpretativo o tutti i concetti interpretativi hanno iniziato la loro vita concettuale come concetti criteriali: probabilmente, ad esempio, le persone hanno avuto il concetto di giustizia quando hanno inteso tutte «ingiusto» per riferirsi soltanto ad atti condannati per convenzione. Ma se è così questi concetti hanno sicuramente cessato di funzionare come concetti criteriali molto tempo fa. Comunque, anche il processo inverso è un fatto comune. Un concetto criteriole impreciso diviene interpretativo, ad esempio, quando è implicato in una regola o in una direttiva o in un principio, la corretta interpretazione dei quali è rilevante. Se un legislatore fosse abbastanza stupido da adottare un'esenzione fiscale speciale per i celibi, un giudice un giorno dovrebbe decidere se un maschio non sposato di diciotto anni goda di tale qualifica. Egli deciderebbe non stipulando una migliore definizione di «celibe» ma chiedendosi quale decisione serva meglio a ciò che ritenga sia il senso dell'esenzione fiscale.

8. Si veda Thomas Nagel, *The Psychophysical Nexus*, nella sua raccolta *Concealment and Exposure: and Other Essays*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 194.

9. Ovviamente, non intendo dire che i giuristi esprimano questi giudizi in maniera autoconsapevole. L'istruzione, la

formazione e l'esperienza forniscono loro un senso che si spiega nel modo migliore come una risposta intuitiva a tali questioni.

10. Conf. Dworkin, *Law's Empire*, cit. [trad. it. cit.].

11. Si veda la mia discussione sulle due dimensioni dell'integrità in Justice Burley (a cura di), Dworkin and His Critics, Blackwell, Malden (Mass.) 2004, p.p. 381-82, e in *Law's Empire*, cit., p.p. 410-11 [trad. it. cit., p.p. 375-76].

12. Si veda Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985, Capitoli 12 e 13 [trad. it., "Non c'è davvero soluzione corretta nei casi difficili?", in "Questioni di principio", a cura di S. Maffettone, il Saggiatore, Milano 1990]. Si veda anche Id., *Law's Empire*, cit., Capitolo 8 [trad. it. cit.].

13. Si veda Cass R. Sunstein, *From Theory to Practice*, «Arizona State Law Journal», 389, 1997, p. 29.

14. Si veda Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 250-54 [trad. it. cit., p.p. 235-39].

15. Si veda Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade e Ilana Ritov, *Predictably Incoherent Judgments*, «Stanford Law Review», 54, 2002, p.p. 1153, 1200-1.

16. Si veda Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., Capitolo 2 [trad. it. cit.].

17. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 19942, p. 269 [trad. it., "Il concetto di diritto", a cura di M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002].

18. Si veda Liam Murphy, *The Political Question of the Concept of Law*, in Jules Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 3 71. Si veda anche, ad esempio, Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth Publishing, Aldershot 1996; Abner S. Greene, *Symposium: Theories of Taking the Constitution Seriously outside the Courts: Can We Be Legal Positivists without Being Constitutional Positivists?*, «Fordham Law Review», 73, 2005, p. 1401.

19. Si veda H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review» (1958), ristampato nei suoi *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, p. 49.

20. Si veda Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral*

Reading of the American Constitution, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996.

21. Si veda Hart, *The Concept of Law*, cit., Capitolo 5 [trad. it. cit.].

22. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 418, n. 29 [parte non presente nella traduzione italiana, cit., N.d.T.].

23. Si veda, ad esempio, Stephen Perry, *Hart's Methodological Positivism*, in Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, cit., p. 311.

24. Nicola Lacey, *A Life of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford 2004. Lacey descrive l'attrazione di Hart verso la filosofia del linguaggio a p.p. 144-46. Il racconto dell'autrice delle riflessioni di Hart come ospite della Harvard Law School nel 1956, come è rivelato nelle sue lettere e nelle note ad essa contemporanee, mostra quanto profondamente vedesse se stesso come impegnato in quella che chiamava «linguistica». Si veda ivi, Capitolo 8.

25. Si veda Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., Capitolo 2 [trad. it. cit.].

Capitolo 1. Pragmatismo e diritto.

1. Bernard Williams, in «*London Review of Books*», gennaio 1991.

2. Richard Rorty, *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, in Michael Brint, William Weaver (a cura di), *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press Boulder (Colo.) 1991.

3. Alcuni critici, tra cui Brian Barry e Joseph Raz, suggeriscono che ho cambiato idea sul carattere e l'importanza della tesi a una-sola-risposta-giusta. Non è così, nel bene e nel male. Si veda Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978 [trad. it. parziale, a cura di G. Rebuffa, "I diritti presi sul serio", il Mulino, Bologna 1982], Capitoli 4 e soprattutto 13. Si vedano anche: il mio saggio in qualche modo anteriore *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, ristampato come Capitolo 5 in Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985 [trad. it., "Non c'è davvero

soluzione corretta nei casi difficili?", in "Questioni di principio", a cura di S. Maffettone, il Saggiatore, Milano 1990, p.p. 147-78]; il Capitolo 7 di quella raccolta [trad. it., "Su interpretazione e oggettività", ivi, p.p. 206-18]; e il Capitolo 7 di Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986 [trad. it., "L'integrità nel diritto", in "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989 p.p. 212-57].

4. Questo è ciò che ha reso così difficile porre la questione, ammesso che ce ne sia una, che divide i «realisti» dagli «antirealisti» in metafisica, e più generalmente formulare una forma di scetticismo molto profonda in senso filosofico.

5. Si noti che non affermo che i giuristi sono tutti d'accordo su quale parte tragga il maggior beneficio dagli argomenti migliori (difficilmente potrei farlo, dato che su un caso difficile i giuristi sono in disaccordo). Né affermo che sia disponibile una qualche procedura algoritmica di decisione che imponga la risposta giusta. Altrove ho esposto come ritengo che i giuristi dovrebbero pensare riguardo ai casi difficili, sottolineando quanto questo processo sia intriso di giudizio individuale.

6. Conf. Ronald Dworkin, *The Right to Death: The Great Abortion Case*, «New York Review of Books», 31 gennaio 1991, p.p. 14-17.

7. Conf. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., Capitolo 5.

8. Dworkin, *Law's Empire*, cit., Capitolo 7.

9. Conf. Marshall Cohen (a cura di), Ronald Dworkin and *Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 1984, p.p. 271-75 e Capitolo 7.

10. Sono ora raccolti in Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally*, Duke University Press, Durham (N.C.) 1990; si tratta di: *Working the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, Capitolo 1; *Wrong Again*, Capitolo 2; e *Still Wrong After All These Years*, Capitolo 16. Conf. anche ivi, p.p. 384-92.

11. Il libro del giudice Posner esemplifica le virtù e i difetti di questo autore straordinariamente prolifico: è chiaro, erudito, incisivo, sguaiato, spiritoso e inesorabilmente superficiale. Egli si propone, come suo principale obiettivo teorico, di attaccare ciò che descrive come la tesi risposta-giusta. Ha in mente la tesi che ho descritto e cercato di chiarire

prima. Dice di voler dire, nel sostenere che non c'è alcuna risposta «oggettiva» in casi difficili, che gli esperti non sono d'accordo in questi casi. Dato che è esattamente questa caratteristica - il disaccordo - a rendere difficili questi casi, ottiene una vittoria pressoché totale, in quanto è innegabile che gli esperti non sono d'accordo in casi in cui sono in disaccordo. Ma, certamente, non è su questo che verte l'argomento della «risposta-giusta». Come ho detto prima, verte su una questione giuridica, di taglia giurisprudenziale e di dimensione filosofica. Ho descritto, prima, alcuni degli aspetti di tale questione che altri autori hanno sollevato. Posner li evita tutti in maniera sofistica, attenendosi alla sua tesi banale sul disaccordo. Il suo libro è comunque interessante e divertente, ed egli spazia su un'ampia varietà di problemi, discutendo, ad esempio, l'interpretazione legislativa e costituzionale.

12. Fish, *Doing What Comes Naturally*, cit., p. 342.

13. Fish, *Still Wrong*, cit., p.p. 111-12.

14. Potrebbe sembrare che qui Fish si richiami a ciò che altrove ho chiamato la tesi della dimostrabilità: che niente può contare come un buon argomento per qualsiasi concezione se non è dimostrabilmente persuasivo, cioè, se nessun essere razionale possa o voglia resistere ad esso. Così niente può valere, entro una prassi, come dimostrazione che una certa argomentazione sia un esempio di invenzione, a meno che ognuno concordi che lo sia. Se questo è ciò che dice Fish, è solo un altro esempio di come si possano importare nella prassi standard di buona argomentazione (estranei a tale prassi) a partire da un livello esterno di scetticismo. Comunque Fish ha detto di concordare con me sull'inutilità di questo tipo di scetticismo esterno. Conf. *Still Wrong*, cit., p.p. 370-71.

15. Conf. *Empire's Law*, cit., Capitolo 2.

16. Fish ha recentemente offerto una trattazione più dinamica della struttura epistemica dell'interpretazione: anzi, una trattazione che pare congeniale a quella che ho offerto io in replica a Knapp su come gli interpreti sono vincolati. Fish dice, ad esempio: «Sebbene la mente sia informata da presupposti che limitano ciò che può perfino notare, fra essi c'è anche quello secondo il quale i presupposti di qualcuno sono soggetti a una messa in discussione e a una possibile revisione

in certe circostanze e secondo certe procedure [...]». Questo sembra riconoscere che l'interpretazione può essere internamente critica, al livello della prassi, la qual cosa Fish ha negato nel passo citato prima. Ma egli non dice di avere cambiato idea, forse perché presenta questa trattazione dinamica non come una spiegazione del carattere riflessivo della prassi interpretativa ma, in maniera più passiva, come una spiegazione della maniera in cui gli stili interpretativi possono arrivare a cambiare. Conf. Fish, *Doing What Comes Naturally*, cit., p. 146.

17. Fish dice che sarebbe impossibile che i giudici siano pragmatisti nel senso che ho descritto prima, perché i giudici non possono fare a meno di essere influenzati dalla loro formazione specifica. Questo è un "non sequitur": il fatto che i giudici stiano ancora agendo riconoscibilmente come giudici quando ignorano il precedente, non significa che non è ciò che stanno facendo. Egli dice che, poiché l'interpretazione è necessaria nel leggere ogni codice, è impossibile lo stile di sentenza che ho chiamato convenzionalismo. Ma nella mia definizione il convenzionalismo sostiene che il diritto è questione di interpretazione non controversa, non di nessuna interpretazione. Egli dice che, poiché perfino un giudice che rifiuta ogni responsabilità di continuità col passato prenderà in un "qualche" senso una decisione basata su principi, da ciò segue che un "qualche" tipo di integrità è inevitabile. Ma non, è ovvio, il tipo esigente di integrità che ho descritto come essenziale al diritto come integrità.

18. Conf. Fish, *Doing What Comes Naturally*, p.p. 386-87.

19. Una parte della risposta del professor Fish al mio saggio (sezione 5, Capitolo 3, di Brint, Weaver (a cura di), *Pragmatism in Law and Society*, cit.) è benvenuta: non solo ammette che la teoria fa strettamente parte di alcune prassi, ma riconosce anche una componente chiave della migliore spiegazione di come la teoria funzioni all'interno di prassi interpretative come il diritto. Dice che in tali prassi «praticanti competenti operano entro una salda comprensione della cosa "per" cui serve la prassi in cui sono impegnati». Avrebbe potuto aggiungere che questo fatto rende conto del carattere argomentativo e dinamico di tali prassi. I giuristi spesso si domandano e sono in disaccordo su cosa richieda

effettivamente il diritto, propriamente inteso, in alcune situazioni, sebbene condividano che il diritto serva a "qualcosa" (che le varie regole e prassi che formano la storia del diritto abbiano un senso), perché hanno teorie differenti, rivali e controverse di quale sia tale senso, tanto in generale quanto rispetto a settori, dottrine o regole di diritto particolari. Così il ragionamento giuridico si intende meglio come un ragionamento interpretativo nel modo seguente: i giuristi ragionano su ciò che il diritto sia in casi nuovi e controversi costruendo ciò che ritengono la migliore giustificazione per regole e prassi passate, e provando poi a inferire questa giustificazione direttamente in quei nuovi casi. In tal modo interpretano e re-interpretano il passato della loro istituzione, formulando e riformulando, provando e saggiando giustificazioni rivali. Sono in disaccordo gli uni con gli altri quando e perché adottano giustificazioni in certa misura differenti per la stessa vicenda, o inferiscono la stessa giustificazione in maniera differente. Questo processo non è autoconsapevole o esplicito in ogni caso: casi «facili» sono quelli in cui tutte le interpretazioni plausibili del passato imporrebbero ora la stessa decisione, e la nuova decisione sembra perciò irriflessiva e quasi automatica. Ma almeno ogni giudice di appello si trova di fronte a casi difficili, in cui il processo di giustificazione e di inferenza diventa più autoconsapevole ed esplicito, più vicino alla forma pienamente riflessiva ed esplicita che assume, ad esempio, nell'argomentazione in classe, che è solo un altro luogo, strutturato e motivato in modo diverso, in cui si svolgono le stesse prassi (nell'"Impero del diritto" ho cercato di difendere le concezioni riguardo alla sentenza riassunte in questo capoverso).

Se Fish avesse continuato il suo resoconto in questo modo, avrebbe dato una trattazione intelligibile e accurata di come la teoria giuridica «si amalgama alla» prassi giuridica, e anche di come i giuristi accademici e i filosofi del diritto possono tentare di contribuire a questa impresa. Egli non è ancora pronto, comunque, a dare alla teoria un posto tanto rilevante nelle prassi interpretative. Così ha continuato in un modo molto diverso e più congeniale al suo precedente punto di vista antiteorico. Dice che sebbene i giuristi comprendano che il

diritto serve a qualcosa, la loro comprensione non è «teorica in un senso qualsiasi dotato di significato interessante», perché «senza l'aggiunta di una riflessione ulteriore produce un senso di ciò che è e non è appropriato, utile o efficace in situazioni particolari». Egli vuole ancora, in altre parole, raffigurare i giuristi e i giudici come atleti naturali e irriflessivi: artigiani istintivi che reagiscono senza pensare ai problemi giuridici, decidendo in base alla loro formazione, come chiunque dotato di quella formazione non può che fare, obbedendo a prassi antiche della loro professione perché sarebbe impensabile fare altrimenti, fornendo giustificazioni per queste regole solo se richieste, e anche allora limitandosi a ripetere espressioni vuote che hanno memorizzato nelle scuole di diritto, giustificazioni vane che non hanno niente a che vedere con la loro prassi effettiva, eccetto porsi come manuali di scienza idraulica sullo scaffale dell'idraulico.

Questa è una descrizione eccezionalmente carente della prassi giuridica effettiva. La trattazione di Fish non lascia spazio a questioni, progressi, controversie o rivoluzioni: non è in grado di spiegare come i giuristi possano preoccuparsi o essere in disaccordo o cambiare opinione su ciò che è il diritto. Come ho detto, questa trattazione delle prassi interpretative li lascia inattivi e passivi. Egli ribadisce, ad esempio, che i giudici sono semplicemente incapaci di sfidare procedure consolidate di sentenza: ritiene che sarebbe «impensabile» per loro riconsiderare principi convenzionali di gerarchia di corti e di precedente, come sarebbe decidere i casi attraverso citazioni casuali di Shakespeare. Ma la storia giuridica è piena di esempi di giudici che mettono in questione l'ortodossia procedurale. Alcune questioni complesse sono finite male: quei giudici della corte federale, ad esempio, che hanno rivendicato il diritto di non seguire le decisioni passate della Corte Suprema quando ritenevano che essa stesse per cambiare opinione sinora non hanno persuaso nessun altro e le loro obiezioni sono state respinte. In altri casi la sfida è stata terribile ma vincente: pochi decenni fa, ad esempio, la Camera dei Lords, la più alta corte britannica, annunciò improvvisamente che contrariamente alla prassi consolidata non sarebbe stata più vincolata dalle sue decisioni passate, e sebbene la nuova prassi fosse ritenuta scandalosa da alcuni giuristi britannici, adesso

pochi fra questi giuristi la mettono in discussione. Questi sono solo alcuni esempi scelti a caso: la storia giuridica o il processo giuridico ne potrebbero fornire centinaia di altri. In quasi tutti questi casi la sfida all'ortodossia e alla convenzione è stata racchiusa in un argomento che ha la stessa struttura di base: che agli scopi della sentenza, del precedente, della gerarchia e di tutto il resto (almeno per come sono visti da quelli che propongono il cambiamento) gioverebbe maggiormente un allontanamento più o meno radicale da ciò che sembrava essere fuori discussione.

Fish formula tesi analoghe su principi giuridici sostanziali. Dice che i giuristi resterebbero sorpresi se fosse richiesta loro una giustificazione degli «strumenti» che usano nel considerare i casi di contratto, come le dottrine dell'offerta e dell'accettazione, dell'errore, dell'impossibilità, dell'annullamento, della rottura, e così via; dice che i giuristi non si affidano a teorie o a giustificazioni nell'usare queste dottrine più di quanto i carpentieri si affidino a teorie nell'usare i loro chiodi. Ma ogni ricostruzione ordinaria di come il diritto contrattuale si sia sviluppato nei secoli dopo il caso "Slade" mostra quanto sia sbagliata questa analogia, come fraintenda totalmente il ruolo che l'argomentazione e il disaccordo teorico hanno giocato in quel processo. Ognuna delle dottrine che Fish menziona ha cambiato di contenuto passando da un periodo all'altro, e nel mondo della "common law" differiscono anche da una giurisdizione all'altra; i cambiamenti e le differenze riflettono, fra le altre cose, accenti differenti sull'importanza relativa della libertà di contratto, sull'efficienza nel commercio, sull'imporre l'equità nella prassi commerciale, sul proteggere le persone con inadeguato potere contrattuale, solo per citare quattro casi da una serie più ampia di tesi teoriche fatte o rifiutate dai giuristi sul senso e sulla giustificazione del diritto contrattuale. Ogni registro odierno delle controversie sui contratti mostra inoltre quanto queste controversie rimangano vive, dato che le dottrine che Fish chiama strumenti di seconda natura sono fortemente controverse. E' controverso, ad esempio, non solo ciò che dovrebbe valere come offerta, accettazione o errore ma anche quanto queste idee dovrebbero essere centrali per l'applicazione del diritto delle transazioni consensuali, come

sembra chiaramente mostrare, fra altre tendenze, lo sviluppo delle dottrine dei contratti e dei quasi-con-tratti di adesione, e la limitata sostituzione del contratto con lo status. Ancora una volta il cuore di queste controversie è il tipo di argomentazione teorica (sollecitare e mettere in discussione giustificazioni differenti), che Fish vuole trattare come meramente decorativo. Come ho detto più sopra, gli scettici giuridici mettono in discussione un presupposto ordinario dell'argomentazione giuridica (quello secondo il quale i problemi giuridici abbiano risposte giuste). Ma questi scettici ribadiscono, più di ogni altro, che l'argomentazione giuridica è tuttavia teorica proprio nel senso negato da Fish, perché essi la descrivono come un tentativo, autoconsapevole in ogni aspetto, di proporre la propria concezione del diritto privato.

Credo perciò che sebbene le concezioni di Fish siano ora meno radicali e scioccanti di quanto sembrassero una volta, egli fraintenda ancora seriamente il ruolo dell'argomentazione teorica nelle prassi interpretative come il diritto o la critica letteraria. Ma devo sottolineare un passo, verso la fine della sua risposta, che potrebbe suggerire una conclusione differente. Dice che se io ho ragione, riguardo al fatto che un giurista o un giudice deve impegnarsi in una riflessione teorica per svolgere il proprio ruolo in maniera competente, allora «sembrano esserci poche ragioni per chiamarla teoria», dato che è semplicemente la caratteristica di essere abile nello svolgere il proprio lavoro. Ma se, d'altra parte, «la teoria è usata in un senso più elevato [...] siamo di nuovo nel regno del meta-commento e dell'alta astrazione». La prima di queste affermazioni deve avere sorpreso tutti i lettori. Per un filosofo, un cosmologo o un economista del benessere è sicuramente parte dell'essere «abile» nella sua professione il fatto di essere in grado di condurre argomentazioni teoriche molto complesse, e abbiamo, in questo, non «poche» ragioni ma ragioni che ci obbligano a chiamare teoria ciò che "essi" fanno. Fish realmente pensa che la teoria non svolga alcun ruolo «significativo» nell'attività di ogni professione? O intende dire solamente che egli, da parte sua, non userà la parola «teoria» per descrivere ogni forma di pensiero, non importa quanto autoconsapevole, che riguarda l'abilità in un lavoro, ma la riserverà per descrivere processi mentali che in qualche modo

fluttuano liberi dalla prassi nel paese immaginario del «meta-commento e dell'alta astrazione»? Se è così, non avremo alla fine niente su cui essere in disaccordo, eccetto il fatto che io uso «teoria» nel modo normale, dato che non credo in quel mondo favoloso.

Capitolo 2. A lode della teoria.

1. Sindell v. Abbott Labs, 607 P.2d 924, 935-38 (1980).
2. In seguito la Corte Suprema ha fornito una decisione su questi casi. Si veda Washington v. Glucksberg, 117 S. Ct. 2258 (1997).
3. Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1995.
4. Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York 1996 (d ora in poi Sunstein, *Legal Reasoning*).
5. Non intendo riesaminare qui la questione di cosa conti come giustificazione e di come le dimensioni interpretative dell'adattamento e della morale interagiscano nel produrre una giustificazione. Si veda Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986, p.p. 44-86 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989, p.p. 4885].
6. Ivi, p.p. 250-54 [trad. it. cit, p.p. 235-39].
7. 111N.E. 1050 (N.Y. 1916).
8. Posner, *Overcoming Law*, cit., p.p. 8-10.
9. Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, 25 «Philosophy and Public Affairs», 25, 1996, p.p. 89-94.
10. Posner, *Overcoming Law*, cit., p. 11.
11. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 176-224 [trad. it. cit., p.p. 168-211].
12. Si veda Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985, p.p. 235-89 (discussione di Posner e sull'utilitarismo) [trad. it. parziale, "Questioni di principio", a cura di S. Maffettone, il Saggiatore, Milano 1990, p.p. 221 segg.].
13. Si veda sopra la n. 7.

14. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York 1961 [trad. it., "Il concetto di diritto", a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002],

15. Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, University of Chicago Press, Chicago 1949 (pubblicato per la prima volta in «University of Chicago Law Review», 15, 1948, 501).

16. Nel 1993 Sunstein ha proposto un grandioso progetto erculeo per il Primo Emendamento. «Propongo - ha detto - che il Primo Emendamento sia inteso porre un principio generale di libera espressione e che i contorni di tale principio non si limitino al modo in cui li hanno concepiti coloro che lo hanno scritto o ratificato». In una nota a questa frase ha spiegato che aveva in mente un esercizio interpretativo analogo, diceva, a quello difeso da me (Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, New York 1993, p.p. XV, 253). Nel 1993, comunque, in una recensione del mio libro *Freedom's Law*, ha attaccato il mio tentativo di stabilire un principio generale di libera espressione per il Primo Emendamento, e ha rifiutato completamente il metodo interpretativo che aveva solo poco tempo prima fatto proprio, notando che «la Corte Suprema non ha preso una decisione sul 'senso' di questo emendamento [...] il complesso corpo del diritto sulla libertà di parola non è unito da una singola teoria sovraordinata». Cass R. Sunstein, «New Republic», 13 maggio 1996, p. 35: recensione a Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996 (d'ora in poi Sunstein, Review). La saggezza della gioventù ha avuto una stagione troppo breve. Dovrei aggiungere che la recensione di Sunstein contiene una quantità sorprendente di descrizioni inesatte del mio libro.

17. Sunstein, *Legal Reasoning*, cit., p.p. 38-41 (che distingue tre affermazioni a favore della teoria «incompleta»).

18. Ivi, p. 50 (citazioni omesse).

19. Per uno studio più dettagliato di quanto la teoria di Sunstein sfoci in una teoria diversa da quella che ho difeso, ammesso che lo faccia, si veda Alexander Kaufman, *Incompletely Theorized Agreement: A Plausible Ideal for Legal Reasoning*, «Geo L.J.», 85, 1996, p. 395.

20. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 265 [trad. it. cit., p. 249].
21. Ivi, p.p. 250-54 [trad. it. cit., p.p. 235-39].
22. Si veda Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, «*Harvard Law Review*», 108, 1995, p.p. 1733, 1760-2; si veda anche Id., *Legal Reasoning*, cit., p.p. 44-46.
23. Id., *Legal Reasoning*, cit., p. 53.
24. Come prova che Sunstein non distingue le due, si veda in generale Sunstein, *Review*, cit.
25. Sunstein, *Legal Reasoning*, cit., p. 54.
26. Cfr. ivi, p.p. 54-61, con Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 176-90.
27. Sunstein, *Legal Reasoning*, cit., p.p. 55-56.
28. Ivi, p.p. 56-57.
29. p. 57.
30. Si veda Laurence H. Tribe, *Comment*, in Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton (N.J.) 1997, p.p. 65,72-73.

Capitolo 3. Il nuovo mastino di Darwin.

1. Si veda Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, «*N.Y.U.L. Rev.*», 73, 1998; Id., *Conceptions of Legal Theory: A Reply to Ronald Dworkin*, «*Ariz. St. L. J.*», 29, 1997, p. 377 (d'ora in poi citato come *Conceptions of Legal Theory*); Id., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, «*Harv. L. Rev.*», 3°, 1998, p.p. 1637, 1640 (d'ora in poi citato come *Problematics*).
2. Id., *Conceptions of Legal Theory*, cit., p. 379.
3. Ronald Dworkin, *In Fraise of Theory*, «*Ariz. St. L.J.*», 29, 1997, p. 353 [conf. il Capitolo 2 del presente volume].
4. Si veda Id., *Reply*, «*Ariz. St. L.J.*», 29, 1997, p. 431.
5. Posner, *Problematics*, cit., p. 1640.
6. Posner sostiene che «il consenso è la sola base su cui le pretese di verità possano o debbano essere accettate, perché è il consenso che fa la 'verità' e non la verità che produce il consenso», ivi, p. 1657. Questa concezione «postmoderna» della scienza è presentata in via ipotetica, ma le affermazioni,

ripetute da Posner (sebbene qualche volta contraddette), secondo le quali la diversità di opinione dimostra la mancanza di una verità oggettiva presuppongono tale concezione. Per un'ulteriore discussione di quello che ho chiamato il «flirt» postmoderno di Posner, si veda Dworkin, Reply, cit., p.p. 439-40. Per una critica di tali concezioni, nel contesto di una famosa esposizione recente della loro superficialità, si veda Paul Boghossian, What the Sokal Hoax Ought to Teach Us, «Times Literary Supplement», 13 dicembre 1996, p. 14.

7. Si veda Posner, Problematics, cit., p. 1647.

8. Ivi, p. 1655.

9. Ivi, p. 1640.

10. Ronald Dworkin, Objectivity and Truth: You'd Better Believe It, 25 «Philosophy and Public Affairs», 87, 1996.

11. L'errore più rivelante e importante è il rilievo che «[Dworkin] mette insieme relativismo morale, soggettivismo morale e scetticismo morale, trattandoli come nomi differenti di ciò che chiama 'scetticismo [morale] esterno': Posner, Problematics, cit., p. 1642 n. 6 (la seconda parentesi quadra è nell'originale). Il punto principale del mio articolo era esattamente il contrario: ognuna di queste posizioni ha senso unicamente come una forma di ciò che ho chiamato scetticismo «interno». E non coglie il senso della distinzione fra scetticismo esterno e interno nemmeno dire, come fa Posner, che il secondo è soltanto parziale (ibidem). La differenza è piuttosto che anche se lo scetticismo interno può essere globale, è esso stesso radicato su giudizi normativi sostantivi (forse di tipo controfattuale). Questo potrebbe essere il luogo adatto per aggiungere il rilievo che non sono in grado di capire molto di ciò che Posner dice nel suo saggio sulla «metafisica», il «realismo morale» e le «risposte giuste». Sta evidentemente usando questi termini in modo idiosincratico.

12. Sono alla ricerca delle concezioni proprie di Posner: so che può reperire articoli da citare che siano critici di questo o quell'altro aspetto del mio lavoro. E' un amante del modo di argomentare attraverso mere citazioni: si veda per esempio la sua citazione di una critica di Rawls particolarmente debole come modello del contributo di quell'eminente filosofo alla filosofia morale e politica, discussa nella risposta di Martha Nussbaum, Still Whorly of Praise, «Harv. L. Rev.», 3°, 1998,

p.p. 1776, 1778 e n. 11. Tali citazioni possono ritorcersi contro, dato che normalmente si ritiene che l'autore sottoscriva le opinioni che cita e dovrebbe perciò controllarle. Nella nota 98, ad esempio, Posner riporta, con palese approvazione, l'opinione di Duncan Kennedy che io avessi proposto, come «'risposta corretta' dal punto di vista giuridico», una serie di posizioni che includono «la disobbedienza civile, la non perseguibilità per chi brucia la cartolina di leva, [e] l'esplicita considerazione delle conseguenze distributive piuttosto che la fiducia nell'efficienza»: Posner, *Problematics*, cit., p. 1686 n. 98, che cita Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1997, p.p. 127-28 (virgolette interne omesse). Non vedo come ciò aiuterebbe l'argomento di Posner se fosse tutto vero. Ma è falso. Ho fatto attenzione a dire che le mie concezioni sulla disobbedienza civile, incluso il bruciare le cartoline della leva militare, non sono giudizi del diritto, per esempio si veda Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978, p. 206 [trad. it. parziale, "I diritti presi sul serio", a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1982, p. 268]; e ho fatto attenzione a negare una portata giuridica alle mie opinioni sulla giustizia distributiva, si veda ad esempio Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996, p. 36.

13. Posner, *Problematics*, cit., p. 1639.

14. Ivi, p.p. 1656-57.

15. Si veda Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, Knopf, New York 1993, p.p. 28-29 [trad. it., "Il dominio della vita", Comunità, Milano 1994, p.p. 26-27]; Id., *In Praise of Theory*, cit., p. 358.

16. Dworkin, *In Praise of Theory*, cit., p. 356.

17. p.p. 356-57.

18. Si veda John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993 [trad. it., "Liberalismo politico", Comunità, Milano 1994].

19. Si veda Dworkin, *Freedom's Law*, cit.

20. Si veda T. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, in Ronald Dworkin (a cura di), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, New York 1977, p. 153.

21. Si veda H.L.A. Hart, *Funishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford 1968 [trad. it., "Responsabilità e pena", Comunità, Milano 1981].

22. Si veda *Planned Parenthood v. Casey*, 505, U.S. 833, 869, 1992 (opinione congiunta di Kennedy O'Connor e J.J. Souter). Un'altra opinione in quel caso, quella del giudice Stevens, ha reso esplicito il riferimento alla letteratura filosofica che aveva costituito la base per la decisione del caso, base simile a una di quelle che compaiono nella decisione dei tre giudici. Si veda *ivi*, p. 913 n. 2 (J. Stevens, che in parte concorda e in parte dissente).

23. Si vedano le fonti citate in Dworkin, *Reply*, cit., p.p. 435-56.

24. Posner, *Problematics*, cit., p. 1642.

25. Può essere, comunque, che il nichilismo sia di fatto la posizione sostantiva che segue in maniera più naturale da quelle opinioni morali varie e contraddittorie descritte fra qualche pagina, nel paragrafo intitolato «Il nuovo pragmatismo». Non intendo escludere questa possibilità considerando l'interpretazione alternativa che esplorerò in seguito.

26. Posner, *Problematics*, cit., p. 1642.

27. *Ibid.*

28. Si veda il successivo paragrafo, già citato alla n. 25.

29. Si veda Rawls, *Political Liberalism*, cit., p.p. 3-11 [trad. it. cit., p.p. 11-20].

30. Si veda Dworkin, *Freedom's Law*, cit., p.p. 1-38.

31. Posner potrebbe negare questo soltanto se insistesse che il tipo di codice morale che aveva in mente fosse un elenco particolareggiato di giudizi morali discreti su materie molto particolari e non contenesse dei principi generali, l'interpretazione dei quali potrebbe essere oggetto di controversia. Ma questo non lascerebbe assolutamente spazio per il «ragionamento normativo» che dice di non voler criticare e che un relativista potrebbe riconoscere. Significherebbe anche che nessuna comunità effettiva ha un codice morale, il che renderebbe irrilevante il suo relativismo in modo allarmante.

32. Dice che i giudici britannici ignorano la morale, ma i suoi commenti sulla prassi giuridica britannica sono male

informati e contraddicono ciò che egli stesso ha scritto di recente. Posner scrive: «Il diritto in Inghilterra è una disciplina autonoma. Questioni nuove vengono risolte in gran parte attraverso l'interpretazione di testi autorevoli, consistenti in leggi, regolamenti, e decisioni giudiziarie, nessuno dei quali incorpora una teoria morale controversa. Qualche volta i giudici inglesi devono fare scelte politiche, ma così raramente che quando lo fanno hanno la sensazione di 'procedere fuori dal diritto': Posner, *Problematics*, cit., p. 1693, che cita H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 19942, p. 272 [trad. it., "Il concetto di diritto", a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002, p. 236], Nel suo libro Posner rifiuta l'esattezza descrittiva dell'asserzione di Hart, tanto per la prassi britannica quanto per quella americana. Si veda Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press, Oxford 1996, p. 15. Posner nota, come critica del rilievo di «procedere fuori dal diritto», che «[una] ulteriore obiezione alla concezione positivista è che i giudici e i giuristi non sono consapevoli della divisione fra il giudice come applicatore e come artefice della legge» e aggiunge che Hart «ha ragione a far notare che i casi in quest'area sono spesso indeterminati e che nel decidere questi casi il giudice sta facendo una scelta valutativa [...] piuttosto che impegnarsi esclusivamente nell'analisi, nella riflessione, o in qualche modalità particolare di indagine chiamata 'ragionamento giuridico': ivi, p. 18. La nuova descrizione di Posner della prassi giuridica britannica non è mai stata vera, e adesso è un fraintendimento colpevole. (Per un resoconto dell'uso giudiziario britannico della teoria politica nel diritto amministrativo, ad esempio, si veda Jeffrey Jowell, *Restraining the State: Politics, Principles and Judicial Review*, «Current Legal Problems», 50, 1997, p. 189 - numero a cura di M.D. A. Freeman e A.D.E. Lewis.) Potrebbe essere istruttivo per Posner, ad esempio, mettere a confronto le decisioni sul suicidio assistito della Corte Suprema, che egli discute (si veda Posner, *Problematics*, cit., p.p. 1700-2), con la decisione della

Corte di Appello britannica in un caso parallelo, che si basava espressamente sugli scritti di filosofi morali contemporanei (si veda *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 2 W.L.R. 316,351 [C.A.]).

33. Si veda Posner, *Conceptions of Legal Theory*, cit., p. 388.

34. Si veda Dworkin, *Reply*, cit., p.p. 435-36.

35. James A. Hendersonjr., *Judicial Reliance on Public Policy. An Empirical Analysis of Products Liability Decisions*, «Geo. Wash. L. Rev.», 59, 1991, p.p. 1570, 1595 n. 131.

36. Posner, *Problematics*, cit., p. 1639.

37. Ivi, p. 1697.

38. Ivi, p. 1695.

39. Ibid.

40. Ivi, p. 1700, dove si discute la memoria di Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon e Judith Jarvis Thompson in quanto *Amici Curiae* a sostegno degli imputati, *Vacco v. Quill*, 117 S. Ct. 2293, 1997 No. 95-1858, *Washington v. Glucksberg*, 111 S. Ct. 2285, 1997, No. 96-110, ristampato in *Assisted Suicide: The Philosophers Brief*, «New York Review of Books», 27 marzo 1997, p.40.

41. Questa è una descrizione sommaria della decisione. Per una descrizione più ampia, si veda il mio articolo *Assisted Suicide: What the Court Really Said*, «New York Review of Books», 25 settembre 1997 p.40

42. Posner, *Problematics*, cit., p. 1703.

43. Rispondendo al suggerimento che sarebbe stato più saggio per la Corte Suprema rimandare il riconoscimento di un diritto costituzionale all'aborto, ho detto che se la Corte avesse fatto così, ma avesse alla fine deciso a favore del diritto all'aborto, si sarebbe imbattuta nel riconoscimento del «costo morale» delle vite rovinate di molte giovani donne: Dworkin, *Reply*, cit., p. 437. Posner replica che la Corte, nel decidere, si è anche imbattuta nel costo morale della morte di quei feti che non sarebbero stati abortiti se essa avesse ritardato la sua decisione: Posner, *Problematics*, cit., p. 1703. Ma la decisione definitiva della Corte intende che, in base ad essa, un aborto ai primi stadi di sviluppo del feto non implica alcuna violazione di diritti, e perciò decidere prima anziché dopo non implica alcun costo morale del genere. Posner non coglie il punto perché non riesce a capire che la decisione della Corte nel caso *Roe v. Wade* emanava necessariamente una sentenza su questioni morali: la Corte non aveva «ponderato» i costi morali, ma li aveva definiti, almeno nella misura necessaria

alla sua decisione.

44. Si veda la n. 22.

45. Posner, *Problematics*, cit., p. 1701.

46. La maggior parte di queste asserzioni hanno un tono marcatamente difensivo. In una strana nota, ad esempio, che evidentemente anticipa la sua sorprendente distinzione, suggerisce che le mie argomentazioni a favore del fatto che i giudici hanno bisogno di una teoria morale andrebbero a vuoto se intendessi soltanto che hanno bisogno di una teoria politica: ivi, p. 1639 n. 1. Questo è sconcertante: la maggior parte dei miei esempi del tipo di teoria morale di cui i giudici hanno bisogno, specialmente nel mio lavoro sul diritto costituzionale, sono principi che, in base all'evidente suggerimento di Posner, sarebbero politici piuttosto che personali. Altrove anticipa l'obiezione che egli stesso si appoggia su argomenti morali, ma offre, in replica, solo rassicurazioni opache. «L'etica e la ragione pratica non sono interscambiabili con la teoria morale - dice - a meno che il termine non debba essere usato per denotare inutilmente tutto il ragionamento normativo su questioni sociali»: ivi, p. 1697. Ovviamente, la teoria morale in discussione non è il «ragionamento su questioni sociali» di carattere "strategico" o "strumentale". Ma perché non include un ragionamento su questioni sociali che è normativo non in queste accezioni, ma nel senso categorico del ragionamento morale? Che senso avrebbe una qualsiasi definizione di teoria morale se escludesse le questioni morali che riguardano la politica? In un altro passo Posner dice del suo argomento che in base a una corretta interpretazione della democrazia, l'eutanasia dovrebbe essere lasciata al processo politico: «Questa non è una questione morale a meno che morale non sia sinonimo di politica»: ivi, p. 1701. In realtà «morale» non è un sinonimo di «politica» se quest'ultimo termine è usato per riferirsi a considerazioni strumentali o strategiche. Ma l'argomento di Posner sulla democrazia non è strategico o strumentale: asserisce una posizione controversa su come la democrazia sia intesa e amministrata nel modo migliore, e questo è - cos'altro avrebbe potuto essere? - un argomento di morale politica. Altrove ancora, dice che i giudici che controllano la costituzionalità dei piani di affirmative action non hanno bisogno di basarsi su giudizi morali, sebbene in

alcuni casi di questo tipo i giudici dovranno decidere «politicamente»: ivi, p.p. 1706-7. Non intende, presuppongo, secondo un'affiliazione par-titica, ma secondo il loro migliore giudizio della fondatezza delle affermazioni di morale politica delle fazioni rivali, così questa asserzione completa l'autocontraddizione.

47. Forse Posner intende una distinzione che non approfondisce fra la morale personale e politica. Questa distinzione è difficilmente trasparente. (L'equità dell'imposizione da parte del giudice di una responsabilità in base alle quote di mercato è una questione di morale personale o politica?) Ad ogni modo l'"ukase" di Posner sarebbe immotivato se esso escludesse soltanto la morale personale dal ragionamento giudiziario. Le teorie della morale politica, compresa la sua teoria della democrazia, condividono tutti i presunti difetti (sono certamente controverse e indimostrabili) che, dice, rendono ogni giudizio morale inadatto all'uso giudiziario.

48. Si veda Posner, *Problematics*, cit., p.p. 1702-3.

49. Ivi, p. 1704.

50. Si veda ivi, p. 1705.

51. Posner critica brevemente il mio vecchio uso di un altro caso, *Riggs v. Palmer*, 22 N.E. 188 (N.Y 1889): Posner, *Problematics*, cit., p. 1707. Dice che non c'era alcun problema morale in quel caso, perché ognuno concordava sul fatto che ciò che l'erede omicida aveva compiuto era sbagliato. Avevo usato il caso come un esempio di una decisione difficile non perché il giudizio morale implicato fosse controverso, ma perché era controverso quanto grande fosse il ruolo che doveva esser consentito di svolgere a quel principio morale nell'interpretazione della legge. Si veda Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986, p.p. 15-20 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989, p.p. 21-25].

52. Posner, *Problematics*, cit., p. 1704.

53. Si veda ivi, p.p. 1705-6.

54. Ibid. (virgolette interne omesse).

55. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Per un'elaborazione di questo argomento, si veda Ronald Dworkin, *Sex, Death, and the Courts*, «New York Review of Books», 8

agosto 1996, p. 44.

56. Posner, *Problematics*, cit., p. 1646.

57. Si veda William James, *Pragmatism* [1907], a cura di Bruce Kuklick, Hackett, Indianapolis 1981, p.p. 7-21.

58. Posner, *Problematics*, cit., p. 1642.

59 Si veda *ibid.* Posner è fuorviato dalla discussione nel libro di Bernard Williams, *Morality: An Introduction to Ethics*, Harper and Row, New York 1972, p.p. 20-21 [trad. it, "Moralità. Un'introduzione all'etica", Einaudi, Torino 2001, p.p. 21-22]. Williams discute una versione «funzionalista» del relativismo che è notevolmente differente da quella che Posner ritiene propria.

60. Posner, *Problematics*, cit., p. 1643.

61. Si veda *ibid.*

62. *Ivi*, p. 1642.

63. Si veda *ivi*, p. 1644.

64. Posner, *Conceptions of Legal Theory*, cit., p. 382.

65. *Id.*, *Problematics*, cit., p.p. 1704-5.

66. *Ivi*, p. 1642.

67. *Ivi*, p. 1641.

68. Si veda Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, «J. Legal Stud.», 8, 1979, p.p. 103, 119-27.

69. Si veda Posner, *Problematics*, cit., p. 1670 e n. 62.

70. Si veda il Capitolo 1 del presente volume.

71. Posner, *Problematics*, cit., p. 1642.

72. Si veda *ivi*, p. 1708. In un passo rivelatore nella stessa vena, Posner sostiene che proprio come gli insegnanti possono fare un lavoro migliore senza studiare la teoria dell'educazione, così i giudici possono fare bene senza studiare la teoria morale, e definisce «vuota» la mia tesi contraria: si veda *ivi*, p.p. 1697-98. Ci sono due differenze rilevanti fra le due professioni. In primo luogo, gli insegnanti non sono chiamati spesso a giustificare cosa hanno fatto tentando di spiegare per iscritto perché è giusto; qualche volta devono farlo, e allora sono impegnati di fatto in un tipo di teoria dell'educazione. In secondo luogo, qualche volta è ragionevolmente chiaro e non controverso cosa rappresenti un successo nell'insegnare - ad esempio, un miglioramento nei risultati dei test degli studenti - e possiamo allora controllare strumentalmente i tentativi dell'insegnante attraverso prove ed errori. E' una mancanza

rivelatrice della "jurisprudence" di Posner, come questa analogia mette in luce, che egli faccia propria la stessa concezione per il lavoro del giudice.

73. Ivi, p. 1643 (virgolette interne omesse).

74. Ivi, p. 1704.

75. Si veda Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, «Harv. L. Rev.», 10, 1897, p.p. 457, 459-60.

76. Fino a quando Posner o qualcun altro abbraccia esplicitamente il pragmatismo darwiniano, non c'è molto da dire a riguardo come teoria normativa. (Può entrare nella categoria di teorie la cui formulazione attenta ne è una confutazione sufficiente.) E' una debolezza del nuovo modello evoluzionistico di sviluppo morale che gran parte di esso sembri una pseudo-scienza, capace di spiegare qualunque cosa sia effettivamente avvenuta. Potremmo costruire facilmente, ad esempio, una descrizione evoluzionistica delle stesse pratiche che Posner condanna. La riflessione morale attraverso i vari livelli di ascesa della giustificazione, compreso quello filosofico, è tanto parte della natura umana quanto qualsiasi altra cosa. Si può presumere che la capacità e il gusto per tale riflessione non si siano sviluppati molto nell'ambiente ancestrale che ha principalmente attinenza con la teoria evoluzionistica, ma in questo caso, come in quello della scienza teorica, il nostro sviluppo storico successivo può essere stato costruito su capacità utili e presenti molto presto nella storia.

77. Si veda Richard A. Posner, «Bush v. Gore» as Pragmatic Adjudication, in Ronald Dworkin (a cura di), *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New Press, New York 2002.

78. Richard A. Posner, *Breaking the Deadlock: The 2000 Election, the Constitution, and the Courts*, Princeton University Press, Princeton (NJ.) 2001, p. 171.

79. Ivi, p.p. 185-6.

80. Non condivido l'analisi di Posner della storia o del contenuto del pragmatismo filosofico, ma dato che questa analisi non è collegata col suo argomento sul caso Bush v. Gore, non difenderò qui il mio disaccordo. La sua descrizione del pragmatismo giudiziario nonfilosofico, comunque, sembra accordarsi con la descrizione del pragmatismo giuridico che

fornisco nel mio Law's Empire [trad. it. cit.].

81. Posner, «Bush v. Gore» as Pragmatic Adjudication, cit., p. 201.

82. Ivi, p.p. 192,201.

83. Non farebbe alcuna differenza su questo punto se l'immaginato giudice pragmatista intendesse decidere nel merito, non in base all'"equal protection" che Posner ritiene erranea, ma in base all'Articolo 2 che ritiene in qualche modo più rispettabile. Il giudice pragmatista avrebbe dovuto comparare ancora il 9 dicembre i risultati del rifiutare allora ogni altro intervento con i risultati del dichiarare un po' di tempo dopo che la corte della Florida aveva violato l'Articolo 2, e non avrebbe avuto alcuna ragione di credere il 9 dicembre che chi riconteggiava avrebbe allora interrotto le attività in ogni caso, solo per riprenderle, per una inspiegabile ragione, ancora il 13 dicembre.

84. Posner, Breaking the Deadlock, cit., p. 180.

85. Si supponga che assumiamo, come Posner immagina che creda qualche giudice della Corte, che una presidenza Gore sarebbe stata «una calamità nazionale» (conf. Posner, «Bush v. Gore» as Pragmatic Adjudication, cit., p. 207). Si supponga che assumiamo anche, come Posner suppone, che le «conseguenze sistemiche» del lasciare che una tale opzione influenzi la Corte Suprema sarebbero state molto brutte. Se il carattere negativo di tali consequenzialista sistemiche superassero la calamità di una presidenza Gore, nella scala consequenziale, a lungo termine, allora un giudice pragmatista non sarebbe tentato di seguire la sua opinione politica. Ma se, al contrario, la calamità supera le conseguenze sistemiche, anche a lungo termine, allora perché dovrebbe esitare a fare ciò che è, tutto considerato, la cosa migliore? L'evidente preoccupazione di Posner su questo punto suggerisce che, nel migliore dei casi, sia un pragmatista tiepido.

86. Ibid.

87. Potremmo anche aggiungere a questa proposizione, se la riteniamo rilevante e vera, che se i giudici decidono tali casi solo in linea di principio, ciò avrà di fatto le conseguenze migliori a lungo termine.

88. Si veda il Capitolo 7 del presente volume.

Capitolo 4. Pluralismo morale.

1. [Isaiah Berlin, "Due concetti di libertà" (1958), in Id., "Quattro saggi sulla libertà", Feltrinelli, Milano 1989, p. 236 (N.d.T.)].

Capitolo 5. Originalismo e fedeltà.

1. Il giudice capo della Corte Suprema John Roberts ha proposto esattamente questo punto nelle sue udienze di conferma ["confirmation hearings"] al Senato. Si veda il mio articolo Judge Roberts on Trial, nel «New York Review of Books» del 20 ottobre 2005.

2. [William Shakespeare, "Amleto", atto 2, scena 3; ed. it. a cura di A. Serpieri, Marsilio, Venezia 1997, p. 145 (N.d.T.)].

3. Si veda Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986, Capitolo 9 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989].

4. C'è un'altra possibilità che mi è stata fatta notare da Ori Simchen: che dovremmo leggere il riferimento alla crudeltà dell'Ottavo Emendamento come soggettivo ma non temporalmente situato, così che proibisce pene che sono largamente considerate crudeli quando sono imposte. Come vedremo, il giudice Scalia ritiene che chiunque rifiuti la lettura soggettiva e temporalmente situata deve adottarne una soggettiva non situata temporalmente: questa è la ragione perché ribadisce che i suoi oppositori pensano che la forza della Costituzione dipenda da una opinione popolare che varia a seconda del periodo. Ma l'alternativa plausibile a una lettura soggettiva temporalmente situata non è una lettura soggettiva non situata temporalmente, ma quella basata su principi: quella che legge l'Ottavo Emendamento come riferito a pene che sono effettivamente crudeli.

5. Coloro i quali dicono che il «"due process" sostanziale» è un ossimoro perché la sostanza e il processo sono opposti, trascurano il fatto cruciale che una richiesta di coerenza nei principi, che ha evidenti conseguenze sostanziali, è parte di ciò che costituisce il processo di decisione che forma un processo

giuridico. Si veda il mio argomento a favore dell'integrità come un ideale giuridico distinto in "L'impero del diritto", cit.

6. Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton (N.J.) 1997.

7. Ivi p.45.

8. Tribe, ivi, p.p. 70, 75, 78 (corsivo aggiunto).

9. Questo è un tema ricorrente nei miei libri *Law's Empire*, cit. e *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996.

10. Si veda *Law's Empire*, cit., Capitolo 9 [trad. it. cit.].

11. Scalia, *Interpretation*, cit., p. 77.

12. Ivi, p. 64.

13. Ivi, p. 69.

14. Ibid.

15. Cit. (conf. supra n. 9 di questo Capitolo).

16. Ho scelto questo nome, in questa occasione, solo per convenienza. Non intendo sostenere alcun suggerimento sulle connessioni fra pragmatismo giuridico e pragmatismo come movimento più generale, o scuola, in filosofia.

17. [Le leggi Jim Crow erano leggi locali che stabilivano la discriminazione razziale nei luoghi pubblici (N.d.T.)].

18 Si veda il mio articolo *Sex, Death, and the Courts*, «New York Review of Books», 8 agosto 1996, p. 44.

Capitolo 6. Il «Poscritto» di Hart e il senso della filosofia politica”

1. Si veda il mio libro *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989].

2. Si veda il mio articolo *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, «Philosophy and Public Affairs», 25, 1996 (d'ora in avanti citato come *Objectivity and Truth*).

3. Il mio esempio è inventato. Per casi reali implicanti una responsabilità in base a quote di mercato si veda, ad esempio, *Sindell v. Abott Labs.*, 607, P.2d 924, p.p. 935-38, 1980, e i casi ivi citati.

4. Si veda *Ira S. Bushey & Son Inc. v. United States*, 398 F 2nd 167 (1968).

5. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 19942, p. 269 [trad. it., "Il concetto di diritto", a cura di M.A. Cananeo, Einaudi, Torino 2002, p.343].

6. Ivi, p. 240 [trad. it. cit., p. 309].

7. Si veda il mio libro *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996, in particolare l'Introduzione.

8. Qualcuno potrebbe dire, soffermandosi su quello che ritiene un caso chiaro (ad esempio la Cina): «Non la chiameresti una democrazia, vero?». Ma questa è una manovra tattica, e la risposta «Sì, e con me la maggior parte delle persone» suonerebbe deludente, ma, seppure vera, non sarebbe in se stessa una confutazione.

9. Si veda la mia discussione dell'assillo semantico in *Law's Empire*, cit.

10. Non intendo escludere una pretesa poetica: se aprile è il mese più crudele, così il sette può essere chiamato, in un contesto appropriato, il numero più ingiusto.

11. Si veda *Objectivity and Truth*, cit.

12. Si veda *Law's Empire*, cit.

13. Si veda il mio libro *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2001, Capitolo 6 [trad. it. parziale, "Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza", Feltrinelli, Milano 2002].

14. *Justice for Hedgehogs*, le inedite «Dewey Lectures» alla Columbia University che ho menzionato nell'introduzione a *Sovereign Virtue*, cit., sono un tentativo più esplicito di illustrare questo tipo di filosofia.

15. Si veda il Capitolo 4 del presente volume.

16. Altri concordano. Si veda ad esempio Nicos Stavropoulos, *Hart's Semantics*, in Jules Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 59.

17. Si veda *Freedom's Law*, cit.

18. Si veda il dibattito fra me e il giudice Scalia in Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton (N.J.) 1997, p. 117. Si veda anche il mio articolo *The Ardous Virtue of Fidelity: Originalis, Scalia, Tribe and Nerve*, «Fordham Law

Review», 65, 1997, p. 1249.

19. Si veda Liam Murphy, *The Political Question of the Concept of Law*, in Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, cit.

20. Ho sviluppato e criticato questo argomento che parte dalla democrazia per giungere al positivismo in *Freedom's Law*, cit.

21. Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London 19158, p. 114.

22. Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London 1960, p. 153 [trad. it., "La società libera", Edizioni Seam, Roma 1998, p.p. 210 segg.].

23. Si veda Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford 1994.

24. Si veda il Capitolo 7 del presente volume. Quel saggio, scritto qualche tempo dopo aver tenuto la lezione qui pubblicata, riassume brevemente alcuni dei materiali dei prossimi paragrafi di questo testo.

25. *Lochner v. New York*, 198, U.S. 45 (1905).

26. *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (J. Holmes in dissenso).

27. 304 U.S. 64(1938).

28. Si veda *Freedom's Law*, cit., Capitolo 17.

29. Ci sono altre condizioni di successo. Ogni concezione riuscita della legalità deve conservare la distinzione tra questo concetto e gli altri valori politici, comprese l'equità procedurale e la giustizia sostantiva, indipendentemente da quanto le nostre teorie dichiarino questi concetti strettamente correlati e interdipendenti. Se crediamo, come molti di noi, che anche assetti politici ingiusti possano nondimeno contenere la virtù della legalità, allora la nostra concezione della legalità deve permettere e spiegare questo giudizio. Come farlo è il centro di un vecchio quesito giurisprudenziale: anche i luoghi peggiori possono avere un diritto? Ho sostenuto, ancora una volta nell'"Impero del diritto", che possiamo rispondere a questa domanda in modi differenti, dato che circondiamo la nostra risposta con altre cose sufficienti, attraverso la descrizione della legalità, a cogliere le distinzioni e discriminazioni necessarie. Hart ha detto, nel «Poscritto», che le mie osservazioni su questo punto concedono tutto ciò che

serve al positivismo giuridico. Ma mi ha frainteso.

30. La critica non è limitata ai soli britannici: fa riferimento anche al giudice Richard Posner nella sua «Clarendon Lecture» di Oxford, sebbene forse più come osservazione che come obiezione, perché egli aggiungeva che la "jurisprudence" di Hart è altrettanto provinciale. Si veda Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press, Oxford 1997.

Capitolo 7. Trent'anni dopo.

1. Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2001. A meno che non siano indicate diversamente, tutte le citazioni di Coleman sono tratte da questo libro.

2. Ronald Dworkin, *The Models of Rules*, «U. Chi. L. Rev.», 35, 1967, p. 14, ristampato in Id., *The Models of Rules I*, in Id., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978, p. 14 [trad. it. parziale, "I diritti presi sul serio", a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1982, p. 79].

3. Coleman è sensibile a questa difficoltà. In due lunghe note a pie di pagina (p. 4 n. 3 e p. 10 n. 13), si propone e cerca di rifiutare il punto di vista sostenuto da lettori anonimi che il suo metodo e le sue conclusioni sono molto simili alle mie.

4. Mi sono proposto di difendere questa descrizione della prassi giuridica in Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989].

5. In *Law's Empire*, cit., p.p. 239-40, immagino un giudice ideale - l'ho chiamato Ercole - che sviluppi una descrizione complessiva del senso della prassi giuridica come un tutto e della migliore giustificazione morale per il diritto codificato della sua comunità, e usi queste conclusioni come base per decidere i casi nuovi che sorgono davanti a lui [trad. it. cit., p.p. 225-26].

6. Si veda H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 19942, p. 94 [trad. it., "Il concetto di diritto", a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002, p. 112],

7. Si veda Benjamin C. Zipursky, *The Model of Social Facts*, in Jules Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford 2001, p.p. 219, 251-53.

8. Si veda Michael E. Bratman, *Shared Cooperative Activity*, «Phil. Rev.», 101, 1992, p. 327.

9. Corsivo aggiunto.

10. Si veda Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, trad. di G.E.M. Anscombe, Blackwell, Oxford 1953, p. 202 [trad. it., "Ricerche filosofiche", Einaudi, Torino 1999]. Wittgenstein sostiene una conclusione più radicale che Coleman sembra accettare: anche un accordo esplicito fra i giudici su come decidere tutti i casi futuri non mostrerebbe che i giudici stanno seguendo la stessa regola. Questo accordo dovrebbe essere espresso in una proposizione, e nessuna proposizione potrebbe identificare il numero infinito di casi che potrebbero sorgere. Alcuni commentatori hanno letto l'argomento di Wittgenstein come se avesse la conseguenza scettica che non c'è una cosa come il seguire una regola. Si veda, ad esempio, Saul Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language: An Elementary Exposition*, Blackwell, Oxford 1982, p. 55 (nella letteratura filosofica non ci può essere titolo più fuorviante; l'argomentazione di Kripke è lungi dall'essere elementare) [trad. it., "Wittgenstein, su regole e linguaggio privato", a cura di M. Ranchetti, Bollati Boringhieri, Torino 1984, p. 53]. Coleman cita Kripke (p. 81), ma non può accettare le tesi scettiche di Kripke sulla conclusione dell'argomento di Wittgenstein, perché Coleman vuole stabilire non che non ci sono regole convenzionali per il diritto, ma che il diritto è interamente una questione di regole convenzionali.

11. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 199.

12. Ivi, p.p. 199-200.

13. Ivi, p. 201.

14. Dal mio punto di vista, libertà significa libertà di usare ciò che è propriamente e moralmente la vostra proprietà come volete, a condizione che rispettiate i diritti degli altri. Così la libertà non è compromessa da una giusta tassazione. Si veda Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge

(Mass.) 2000, p.p. 120-83 [trad. it. parziale, "Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza", Feltrinelli, Milano 2002, p.p. 123-97]. Ma sicuramente altri pensano che sono io a fraintendere il concetto di libertà. La mia opinione attuale è che la corretta interpretazione di certi concetti che condividiamo è spesso controversa. Siamo d'accordo che c'è un'interpretazione o un'accezione corretta di quel concetto, ma siamo in disaccordo su quali siano. Si veda Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 45-86 [trad. it. cit., p.p. 48-85]. Così anche se i funzionari di una comunità adottassero tutti una sola interpretazione del concetto di diritto, ciò non mostrerebbe che la loro interpretazione è corretta.

15. Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 201.

16. Si veda Dworkin, *Sovereign Virtue*, cit. [trad. it. cit.].

17. Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 199.

18. Si veda *ivi*, p. 202.

19. *Ivi*, p. 204.

20. *Ivi*, p. 202.

21. *Ivi*, p. 208.

22. *Ibid.*

23. In un passo Raz nota che una comunità può aver adottato, come una questione di diritto coerente col positivismo esclusivo, un test puramente fattuale per determinare il «punto di vista» del potere legislativo su una questione: *ivi*, p. 217. In realtà, comunque, quasi nessuno degli standard di interpretazione giuridica o costituzionale richiede negli Stati Uniti l'approvazione generale che un positivista esclusivo dovrebbe richiedere per considerarli diritto. Sembrerebbe seguire, secondo Raz, che il potere legislativo americano non ha alcun «punto di vista» su come i cittadini dovrebbero comportarsi.

24. *Ivi*, p.p. 209-10.

25. *Ivi*, p.p. 196-97.

26. *Ivi*, p. 197.

27. Per una descrizione dell'interpretazione costruttiva nel diritto, si veda Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 62-86 [trad. it. cit., p.p. 63-85].

28. Si veda ad esempio *Sindell v. Abbott Labs*, 607 P.2d 924, p.p. 936-38, Cai. 1980.

29. Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 204.

30. Si veda *ivi*, p.p. 214-17.
31. *Ivi*, p. 217.
32. Si veda Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Hafner, New York 1948 [prima ed. 1823; trad. it., "Introduzione ai principi della morale e della legislazione", Utet, Torino 1990].
33. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 1938.
34. *Ivi*, p. 79 (la terza modifica nell'originale) [che cita *Black & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.*, 276 U.S. 518, 533, 535, 1928 (J. Holmes in dissenso)].
35. Hart, *The Concept of Law*, cit. [trad. it. cit.].
36. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], a cura di Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 1995, p.p. 18-37.
37. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 34-35 [trad. it. cit., p.p. 38-39].
38. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 246 [trad. it. cit., p. 305].
39. Con la sua caratteristica fermezza, Coleman dice che non c'è «alcun dubbio» che la mia interpretazione sia sbagliata: p. 200 n. 25. Ma altri autori non concordano. Si veda ad esempio Nicos Stavropoulos, *Hart's Semantics*, in Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, cit., p.p. 59, 98. Anche alcuni autori che credono che io abbia frainteso Hart ammettono che ci sia una certa evidenza nel suo libro a favore della mia interpretazione e che alcune delle sue affermazioni richiedono un'interpretazione «caritatevole» per non sembrare confermare la mia interpretazione. Si veda ad esempio Timothy A.O. Endicott, *Herbert Hart and the Semantic Sting*, in Coleman (a cura di), *Hart's Postscript*, cit., p.p. 39 e 41-47.
40. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. V [trad. it. cit., p. XXIII].
41. Dovrei dire qui che non intendo accettare le altre attribuzioni di Coleman, la maggior parte delle quali inaccurate, e le altre critiche.
42. Dworkin, *The Model of Rules I*, cit., p.p. 7-13.
43. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 130-50 [trad. it. cit., p.p. 125-144].
44. In *Law's Empire*, cit., presuppongo questa distinzione

dal principio alla fine: si veda, ad esempio, la discussione delle teorie del diritto naturale alle pagine 35-36, e la relazione fra il diritto e la morale alle pagine 96-98 e 101-4 [trad. it. cit., rispettivamente p.p. 35

37, 94-96 e 99-102]. Si veda anche la discussione degli «errori» giuridici in *Taking Rights Seriously*, cit., p.p. 118-30 [trad. it. cit., p.p. 220-37].

45. Si veda Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 55-73 [trad. it. cit., p.p. 52-72].

46. Timothy Endicott sostiene che la tesi che ogni paradigma sia in linea di principio rivedibile - la tesi che accetta Coleman - sia il cuore del mio approccio interpretativo al diritto, e difende il positivismo contro il mio argomento dell'«assillo semantico» contestando questa tesi. Si veda T. Endicott, *Herbert Hart and the Semantic Sting*, cit.

47. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 413.

48. Ivi, p. 202 [trad. it. cit., p. 191].

49. Ivi, p.p. 95-96, passim [trad. it. cit., p.p. 93-94].

50. Ivi, p. 52 [trad. it. cit., p.p. 54-55].

51. Cito gli enunciati pertinenti: «Si supponga, ad esempio, che condividiamo la concezione che il diritto sia un concetto contestabile nel senso che ovunque vi sia diritto, ciò che è diritto sia sempre una questione di potenziale disputa, e richieda una prassi interpretativa [...] Tale disaccordo è parte di ciò che riteniamo essere diritto: parte della nostra comprensione condivisa del tipo di cosa che esso è. Così, non solo il disaccordo sui criteri della legalità nella nostra comunità è compatibile con la nostra condivisione degli stessi criteri per applicare il concetto di diritto, ma in questo caso il nostro disaccordo sui criteri della legalità nella nostra comunità ci è intelligibile solo perché condividiamo gli stessi criteri per applicare il concetto» (p. 182).

Capitolo 8. I concetti di diritto.

1. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978 [trad. it. parziale, "I diritti presi sul serio", a cura di G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1982],

2. Id., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989].

3. Per una sottile e illuminante distinzione dell'impatto della filosofia del linguaggio sulla teoria giuridica, si veda Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford 1996. Gli sono grato per molti utili commenti a una bozza dell'«Introduzione» di questo libro e di questo stesso capitolo.

4. «Va. L. Rev.», 89, 2003, p. 1897; citazione a p. 1918.

5. Ivi, p. 1908. Altrove Green suggerisce che forse la mia teoria dei concetti interpretativi non è dopotutto una teoria realista, ma piuttosto «simile» alla teoria della logica rigidamente nominalista elaborata da Nelson Goodman. Questi sosteneva che il nostro senso condiviso della validità di certe regole di inferenza deduttiva è il risultato non della nostra percezione di forme platoniche di inferenza valida, ma della nostra acquisizione congiunta di un equilibrio fra le inferenze che siamo disposti ad accettare e le regole di inferenza che siamo disposti ad abbracciare. La teoria di Goodman suppone che l'equilibrio che abbiamo conseguito dopo un (mitico) processo di aggiustamento critico sia insieme pienamente contingente («noi» potremmo aver trovato un equilibrio molto differente e quindi avere una logica molto differente) e una costruzione integralmente sociale: le regole della logica non potrebbero avere la forza che hanno per «noi» a meno che non accettassimo tutti che: se A, e se A allora B, allora B. In questo modo il nominalismo di Goodman sulla logica deduttiva e induttiva è come quello che Green chiama tradizionalismo. Il significato dei termini è fissato da una prassi uniforme acquisita dopo un periodo di negoziazione semantica. Niente potrebbe essere più distante dalla mia teoria dei concetti interpretativi di questo nominalismo estremo. Il cuore della mia teoria è che i concetti interpretativi sono contestati, non fissati, dalla prassi, e sostengo che le questioni di valore poste dall'uso di questi concetti abbiano, almeno in linea di principio, risposte corrette.

6. Joseph Raz, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Melden (Mass.) 2005, p.p. 324 e 326.

7. Ivi, p. 341 n. 6.

8. Ivi, p. 331.

9. Ivi, p. 332.

10. Raz sostiene che io creda che la teoria del diritto debba essere parrocchiale, ma presenta, come mio supposto argomento a favore di questa conclusione, un cattivo argomento che non accetto. Aggiunge, comunque, che questo è un punto su cui non sono chiaro. Credo che questi siano ulteriori sintomi di assillo semantico.

11. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 114 [trad. it. cit., p. 111].

12. Scott Shapiro, *The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in Arthur Ripstein (a cura di), *The Cambridge Companion to Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge-New York 2007, p.p. 22 segg. In questo saggio Shapiro sostiene un tipo di risposta che a suo avviso i positivisti potrebbero formulare alle mie argomentazioni «successive».

13. Coleman mi ha generosamente dato il permesso di presentare in questo modo la sua concezione.

14. Nicola Lacey, *A life of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford 2004.

15. La recensione di Gardner è in «*Law Quarterly Review*», 121, 2005, p. 329. Egli dice che avevo messo a disagio Hart con l'introdurre questioni estranee nella filosofia del diritto: «Dworkin stava sostenendo che il dibattito classico nella filosofia del diritto dovesse essere principalmente risolto al livello della filosofia prima, o metafisica. Non c'erano dibattiti solo sulla natura del diritto, le regole giuridiche, eccetera, ma anche sulla natura della comprensione umana di cose come il diritto e le regole giuridiche. Conducendolo verso gli altipiani della filosofia prima, Dworkin privava Hart della sua fiducia inconsapevole (ma pienamente giustificata) nel proprio lavoro come filosofo del diritto, e faceva apparire fragile e difensiva la sua replica finale a Dworkin. Per cambiare metafora, Dworkin sfidava Hart a preoccuparsi di come potesse star dritto, e così oscillava drammaticamente. Molti pensarono che sarebbe stato meglio per la filosofia del diritto se avesse ignorato questa distrazione, e avesse tenuto i suoi occhi fermi sulla sua destinazione originaria». Altrove

Gardner espande la metafora, dicendo che «la maggior parte del lavoro di Hart è filosoficamente inconsapevole. Egli lavora sui problemi su cui lavora, non sul problema ulteriore di come questi problemi debbano essere affrontati o di che tipo siano. E' il monociclista metafisico che, appena inizia a preoccuparsi di come stia dritto, comincia a oscillare e rischia di cadere. Le sue incursioni nell'esame della propria prospettiva filosofica, con la possibile eccezione del rifiuto di un approccio rozzamente lessicografico nella sua lezione inaugurale, non sono riuscite particolarmente bene». Questo giudizio sulle capacità filosofiche di Hart, da cui ne uscirebbe come un "savant", è immeritato. Hart aveva difficoltà non perché avesse una presa oscillante sulla «filosofia prima» ma perché aveva una presa filosofica sufficiente per vedere i problemi che non hanno alcuni dei suoi successori nel positivismo analitico. La descrizione di Gardner delle questioni che presumibilmente introducevo è ad ogni modo sorprendentemente sbagliata. Non ho scritto niente, nell'"Impero del diritto" o altrove, su «la natura della comprensione umana di cose come il diritto e le regole giuridiche». I miei interessi non erano epistemologici, ma concettuali. Ho detto che sebbene Hart intendesse spiegare il concetto dottrinale di diritto, aveva frainteso il carattere di quel concetto e che per questa ragione le sue affermazioni sulla natura del diritto erano destinate ad essere fraintese.

16. Si veda il Capitolo 2 del mio *Taking Rights Seriously* [trad. it. cit.].

17. Ivi, p.p. 163-64.

18. Joseph Raz, *Incorporation by Law*, «Legal Theory», 10, 2004, p.p. 1-17.

19. Ivi, p. 10.

20. Si veda il mio libro *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996.

21. Si veda Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton (N.J.) 1997.

22. La Corte Suprema qualche tempo fa ha ritenuto falsa la proposizione. Si veda il mio libro *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press,

Cambridge (Mass.) 2000, Capitolo 10 [nella trad. it., "Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza", Feltrinelli, Milano 2002, non è stato incluso quel saggio, intitolato *Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy* e presente alle p.p 351 segg. dell'ed. or. (N.d.T)].

23. Questo errore potrebbe essere incoraggiato dalle personificazioni indisciplinate da cui sono dipendenti alcuni teorici del diritto e che ho criticato nel Capitolo 7. Gli atteggiamenti proposizionali sono opachi alla sostituzione: dal fatto che Jefte ordinò che la prima persona che vedeva fosse sacrificata agli dei in segno di gratitudine e dal fatto che la prima persona che vide fosse sua figlia, non segue che Jefte ordinò che fosse sacrificata proprio sua figlia. Egli non sapeva che la prima persona che avrebbe visto sarebbe stata sua figlia. Così se prendiamo l'abitudine di dire che il diritto o la Costituzione «ordina» o «comanda» che, ad esempio, non sia adottata alcuna legge che viola la libertà di parola, potremmo avere la tentazione di pensare che non segua dal fatto (morale) ulteriore che le restrizioni finanziarie alla campagna elettorale violino la libertà di parola che la Costituzione abbia ordinato o comandato che non sia adottata alcuna restrizione finanziaria alla campagna. Potremmo pensare: la Costituzione potrebbe non sapere che le restrizioni alla campagna violano la libertà di parola. Ma questo sarebbe un grave errore: un residuo della versione di positivismo analitico «basata sul comando» che fu sostenuta da John Austin e ora è stata abbandonata. «Il diritto comanda che» può sensatamente essere inteso solo come un modo abbreviato di affermare proposizioni su diritti, doveri, poteri ecc. giuridici, e queste proposizioni sono trasparenti alla sostituzione. Il fatto che il Congresso abbia «ordinato» qualcosa non è pertinente ad alcuna proposizione del diritto, a meno che non derivi da quell'ordine - come potrebbe anche non derivare - che le persone hanno diritti, doveri e poteri giuridici che il Congresso ha ordinato loro di avere.

24. Raz, *Incorporation by Law*, cit, p. 12.

25. Matthew H. Kramer, *On Morality as a Necessary or Sufficient Condition for Legality*, «Am. J. Juris.», 48, 2003, p. 53. Il saggio di Kramer mostra i pericoli di ogni tentativo di considerare profonda o importante la distinzione fra le due forme di positivismo tassonomico. Sostiene che il diritto

includa tutti quegli standard i quali sia vincolano i giudici sia sono «liberi di fluttuare», col che intende standard che non sono stati adottati da alcuna autorità. Quando i principi morali vincolano i giudici, passano questo test perché non sono stati adottati da alcuna autorità. Ma anche i principi dalla matematica passano il test.

Capitolo 9. Rawls e il diritto.

1. Si veda *Sindell v. Abbott Labs.*, 607 P.2d 924, 936-38 (Cal. 1980).

2. Si veda H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 19942, p. VII [trad. it, "Il concetto di diritto", a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002, p. XIII],

3. Si veda *ivi*.

4. Si veda *ivi*.

5. Questi giuristi erano essi stessi ispirati dall'idea di una responsabilità in base a quote di mercato dal "Commento" di una studentessa pubblicato dalla «*Fordham Law Review*»: Naomi Sheiner, *DES and a Prospect Theory of Enterprise Liability*, «*Fordham Law Review*», 46, 1978, p. 963.

6. John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999, p.p. 15-19 [trad. it., "Una teoria della giustizia", nuova ed., cura e revisione di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 2008, p.p. 38-42],

7. Si veda in generale Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Hainer, New York 1948 [prima ed. 1823; trad. it., "Introduzione ai principi della morale e della legislazione", Utet, Torino 1990].

8. Si veda *So. Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (J. Holmes in dissenso) («Riconosco senza esitazione che i giudici legiferano e debbono legiferare, ma lo possono fare soltanto in modo interstiziale; sono confinati da moti molarari a moti molecolari»).

9. Si veda il successivo paragrafo intitolato «Costituzionalismo».

10. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 209 [trad. it. cit., p. 235].

11. *Ibid.*

12. Non voglio dire che l'argomentazione a favore dell'interpretativismo tratto da Rawls corrisponda a quelle mie a favore di tale concezione. Intendo solo mostrare la relazione dell'opera di Rawls con questa fondamentale questione di "giurisprudenza". Ma, in base almeno ad un'interpretazione della struttura fondamentale dell'argomentazione di Rawls basata sulla posizione originaria, i suoi argomenti non sono in realtà molto lontani dai miei. Credo che l'integrità esprima la giusta concezione dell'equa cittadinanza: principi applicati a una persona debbono essere applicati agli altri a meno che non siano indirizzati chiaramente in altro modo dalle istituzioni competenti. Dal mio punto di vista, una certa idea di eguaglianza di tale tipo fornisce almeno parte dell'insieme di idee che lo strumento euristico della posizione originaria deve modellare e imporre. Comunque nella nota 19 del suo articolo *Justice as Fairness* Rawls prende in considerazione e rifiuta la mia interpretazione. Si veda John Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, in Id., *Collected Papers*, a cura di Samuel Freeman, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999, p.p. 388, 400, n. 19 [trad. it., "Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico", a cura di S. Veca, Comunità, Milano 2001, p.p. 185 segg.].

13. Si veda in generale Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, p.p. 276-321 [trad. it. parziale, "L'impero del diritto", il Saggiatore, Milano 1989, p.p. 258-90].

14. Si veda ad esempio *Uhl v. Thoroughbred Tech. And Telecomms., Inc.*, 309 F.3d 978,985 (7th Cir. 2002) (che si riferisce al «velo di ignoranza» di Rawls in *A Theory of Justice*, cit., par. 24); *Goetz v. Crosson*, 967 F.2d 29,39 (2d Cir. 1992) (che cita *A Theory of Justice*); *Memphis Dev. Found. v. Faeton Etc, Inc.*, 616 F.2d 956,959 (6th Cir. 1989) (idem); *W. Addition Cmty.Org v. NLRB*, 485 F.2d 917,938 (D.C. Cir. 1973) (idem).

15. Si veda Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 274 [trad. it. cit., p. 299].

16. 410 U.S. 113 (1973).

17. 505 U.S. 833 (1992).

18. Alcuni filosofi credono che un diritto morale all'aborto possa essere difeso anche se crediamo che un feto sia

una persona, perché anche in base a questo presupposto una donna non ha alcuna responsabilità morale di continuare i disagi della gravidanza. Per una discussione di questo suggerimento, si veda il mio libro *Life's Dominion*, Vintage Books, New York 1994 [1993], p.p. 10247 [trad. it, "Il dominio della vita", Comunità, Milano 1994, p.p. 139-61], Ma anche se accettiamo questa concezione, non segue che un diritto costituzionale all'aborto possa essere difeso in questo modo. Se uno Stato può trattare adeguatamente un feto come persona, può trattarlo costituzionalmente come una persona verso cui la madre ha una responsabilità speciale che esclude l'aborto volontario.

19. Si veda Dworkin, *Law's Empire*, cit., p.p. 276-312 [trad. it. cit., p.p. 168-211],

20. Si veda Id., *The Secular Papacy*, in Robert Badinter e Stephen Breyer (a cura di), *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation*, NYU Press, New York 2003, p. 67.

21. John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, a cura di Erin Kelly, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2001, p. 112 [trad. it., "Giustizia come equità: una riformulazione", Feltrinelli, Milano 2002, p. 117],

22. Si veda Bruce Ackerman, *We the People*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991.

23. John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996 [trad. it., "Liberalismo politico", Comunità, Milano 1994],

24. 347 U.S. 483 (1954).

25. 410 U.S. 113 (1973).

26. Si veda *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (J. Brandeis in dissenso) («E' uno dei casi fortunati del sistema federale che un singolo, coraggioso Stato possa, se lo scelgono i cittadini, servire come laboratorio; e tentare nuovi esperimenti sociali ed economici senza rischio per il resto del paese»),

27. *Vacca v. Quill*, 521 U.S. 792 (1997); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

28. Memoria degli Amici Curiae Ronald Dworkin et al., *Glucksberg* (No. 95-1858, 96-110), disponibile a 1996 WL 708956. Oltre a Rawls, la memoria fu firmata da Thomas

Nagel, Thomas Scanlon, il sottoscritto, Robert Nozick e Judith Jervis Thomson.

29. 410 U.S. 113 (1973).

30. Si veda John Rawls, intervista *Commonweal*, in *Id.*, *Collected Papers*, cit., p.p. 616, 618.

31. Per un'esauriente discussione dello stato della legge sull'aborto in Europa si veda l'Inter-Departmental Working Group on Abortion, Gov't of Ir., *Green Paper on Abortion*, par. 3.02, disponibile al sito <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/publications/251.rtf> [ultimo accesso effettuato in data 22 marzo 2010].

32. Pub. L. No. 108-105, §3(a), 117 Stat. 1206 (2003).

33. 347 U.S. 483(1954).

34. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).

35. 410 U.S. 113 (1973).

36. *Sch. Dist of Abington Township, Pa. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

37. U.S. 98 (2000).

38. Rawls, *Political Liberalism*, cit., p. 124 [trad. it. cit., p. 116].

FONTI

Il Capitolo 1 è stato pubblicato originariamente come parte del saggio «Pragmatism, Right Answers, and True Banality» in Michael Brint e William Weaver (a cura di), "Pragmatism and Law and Society", Westview Press, Boulder (Colo.) 1991.

Il Capitolo 2 è stato pubblicato originariamente nella «Arizona Law Review», 29 (estate 1997).

Il Capitolo 3, tranne l'Appendice, è stato pubblicato originariamente nella «Harvard Law Review», 111 (1998). L'Appendice è uscita originariamente come parte della «Introduction» a Ronald Dworkin (a cura di), "A Badly Flawed Election: Debating «Bush v. Gore», the Supreme Court, and American Democracy", New Press, New York 2002.

Il Capitolo 4 è stato pubblicato originariamente con il titolo «Do Liberal Values Conflict?» in Mark Lilla, Ronald Dworkin e Robert Silvers (a cura di), "The Legacy of Isaiah Berlin", New York Review Books, New York 2001.

Il Capitolo 5 è una versione ridotta e redazionata del mio saggio «The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve», pubblicato nella «Fordham Law Review», 65 (1997).

Il Capitolo 6 è stato pubblicato originariamente con il titolo «Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy» negli «Oxford Journal of Legal Studies», 24 (2004), 1.

Il Capitolo 7 è stato pubblicato originariamente nella «Harvard Law Review», 115 (2002).

Il Capitolo 9 è stato pubblicato originariamente nella «Fordham Law Review», 72 (2004).